UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

DES

ADMINISTRATEURS

DE SOCIÉTÉS ANONYMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de droit de l'Université de Dijon
le mardi 7 juin 1904, à 1 heure 1/2 du soir

Par Maurice BELIN

M. BAILLY, *Doyen, Président.*
M. TRUCHY, *Professeur, Suffragant.*
M. PERCEROU, *Professeur, Id.*

BESANÇON
TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE JACQUIN
—
1904

DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

DES

ADMINISTRATEURS DE SOCIÉTÉS ANONYMES

UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

DES

ADMINISTRATEURS

DE SOCIÉTÉS ANONYMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de droit de l'Université de Dijon
le mardi 7 juin 1904, à 1 heure 1/2 du soir

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Par Maurice BELIN

M. BAILLY, *Doyen, Président.*
M. TRUCHY, *Professeur, Suffragant.*
M. PERCEROU, *Professeur, Id.*

BESANÇON
TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE JACQUIN
—
1904

A MON PÈRE

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549826_0101

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

ALAUZET : Commentaire du Code de commerce.

AUBRY et RAU : Cours de droit civil français.

BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL : De la société, du dépôt et du prêt.

BÉDARRIDE : Commentaire du Code de commerce.

BOISTEL : Précis de droit commercial.

BOUVIER-BANGILLON : La législation nouvelle sur les sociétés; loi de 1893.

BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT : Traité de droit commercial.

CARETTE : Lois annotées.

CARPENTIER : Code de commerce allemand.

Compte rendu du congrès des sociétés par actions. Rousseau, éd. 1890.

DALLOZ : Recueil périodique. Répertoire. Supplément au répertoire.

DELANGLE : Des sociétés commerciales.

DELOISON : Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères.

DUVERGIER : Collection des lois.

GARRAUD : Précis de droit criminel.

GARSONNET : Traité théorique et pratique de procédure.

GENEVOIS : Nouveau régime des sociétés par actions.

GOIRAUD : Traité des sociétés par actions.

GRANDMOULIN : De l'unité de la responsabilité.

HOUPIN : Traité théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales.

HUC : Commentaire théorique et pratique du Code civil.

LARUE : De la responsabilité des fondateurs et administrateurs de la société anonyme.

LESCŒUR : Essai historique et critique sur la législation des sociétés commerciales.

LYON-CAEN et RENAULT : Traité de droit commercial.
Id. Précis de droit commercial.
MATHIEU et BOURGUIGNAT : Commentaire de la loi de 1867.
PARDESSUS : Cours de droit commercial.
PERCEROU : Des fondateurs de sociétés anonymes.
PIC : Traité de la faillite des sociétés commerciales.
PLANIOL : Traité élémentaire de droit civil.
P. PONT : Commentaire. Traité des sociétés civiles et commerciales.
POTHIER : Traité des obligations.
RIVIÈRE : Commentaire de la loi de 1867.
ROMIGUIÈRE : Commentaire de la loi de 1867.
ROUSSEAU : Manuel pratique des sociétés par actions.
Id. Des sociétés commerciales françaises et étrangères.
Id. Loi du 1er août 1893 sur les sociétés par actions.
Id. Questions nouvelles sur les sociétés.
RUBEN DE COUDER : Dictionnaire du droit commercial.
SOURDAT : Traité général de la responsabilité.
THALLER : Traité élémentaire de droit commercial.
TRIPIER : Commentaire de la loi de 1867.
VAVASSEUR : Amendements au projet de loi sur les sociétés. 1885.
Id. Traité des sociétés civiles et commerciales.

DALLOZ : Recueil périodique.
Journal des sociétés civiles et commerciales.
Journal des tribunaux de commerce.
Journal du Palais.
Pandectes françaises chronologiques.
Pandectes françaises périodiques.
Revue critique de législation.
Revue des sociétés.
Revue politique et parlementaire. A. Colin, éd.
SIREY : Recueil des lois et arrêts.

INTRODUCTION

L'idée de s'associer pour s'enrichir est aussi vieille que le monde.

De tous temps, les peuples ont compris que l'association est un facteur puissant de l'activité sociale. Réunir en un faisceau unique les forces d'hommes que leur isolement condamnait à l'impuissance, grouper en un patrimoine commun les capitaux épars entre leurs mains, revêtir ce faisceau de volontés et ce patrimoine collectif d'une personnalité conventionnelle, est une idée que les besoins de la vie même ont successivement imposée aux Grecs, aux Romains, aux populations du moyen âge et des temps modernes. Et l'on peut dire que la société, née de cette idée et de ces besoins, a évolué comme la civilisation elle-même, s'est vulgarisée, répandue et perfectionnée comme elle, pour devenir, à l'époque où nous vivons, la forme juridique sous laquelle se constituent habituellement les grandes entreprises.

On ne saurait, en effet, contester que les sociétés aient pris dans nos mœurs une place de plus en plus importante au fur et à mesure que se développaient le commerce et l'industrie. Tant que le travail de l'artisan est resté la forme normale de la production, que le com-

merce s'est limité à des échanges internes au sein du pays, l'association ne répondait guère qu'à d'exceptionnels besoins.

Mais voici qu'avec le XIXe siècle apparaît la grande industrie, les grandes entreprises de transports, de commerce, de finances; que la production subit une transformation profonde, qu'au petit moulin se substitue la minoterie importante, à la petite forge de campagne les immenses usines métallurgiques, que le tisserand de village disparaît devant les vastes tissages mécaniques, que la filature industrielle relègue en l'ombre des greniers le rouet que tournaient les femmes, que le petit banquier de province cesse la lutte trop inégale qu'il tenta de soutenir contre les grands établissements de crédit aux multiples succursales et aux inépuisables ressources; que le mouvement économique se transforme et se multiplie. C'est alors aussi que la société commerciale se répand, qu'elle devient entre les mains des hommes d'affaires un merveilleux instrument de production centralisant les capitaux nécessaires aux colossales entreprises du génie humain et permettant au plus humble des capitalistes de participer à leur formation et à leur fortune. Si la société commerciale n'avait point été connue auparavant, la grande industrie l'eût fait naître. Par quel autre moyen eût-il été possible de constituer les capitaux considérables qu'exigent les grands travaux ou les grands établissements ? En dehors des ressources financières de l'État, rien autre que l'association des capitaux et des personnes ne permettrait la réalisation des projets audacieux dont le génie de l'homme et les progrès de la science autorisent la conception.

Il ne faut donc pas s'étonner que trois ordres de faits aient suivi une évolution parallèle et progressé concurremment : le développement de la grande industrie, la vulgarisation des sociétés commerciales et le perfectionnement de la législation qui les régit.

Astreintes, sous l'empire du Code de commerce, à une réglementation rudimentaire et à la nécessité de l'autorisation gouvernementale, les sociétés ne devaient connaître le régime de la liberté qu'à partir des lois de 1863 et de 1867. Cette liberté apparut précisément à l'époque où la grande industrie devenait la forme normale de la production chez les peuples civilisés. La première était la conséquence de la seconde; celle-ci ne pouvait point se passer de celle-là.

Un peu de statistique fera d'ailleurs ressortir l'importance du rôle économique que joue la société commerciale.

De 1841 à 1850, on ne fondait en moyenne que 2,180 sociétés par année, parmi lesquelles 1,648 étaient en nom collectif, 367 en commandite simple, 141 en commandite par actions et 24 anonymes.

En 1886, il est fondé 4,294 sociétés, dont 3,174 en nom collectif, 710 en commandite simple, 91 en commandite par actions et 319 anonymes.

En 1891, ces chiffres s'élèvent à 4,953, se répartissant en 3,309 sociétés en nom collectif, 934 en commandite simple, 91 en commandite par actions, 510 anonymes et 140 à capital variable.

En 1897, apparaissent 5,206 sociétés, se divisant en 3,349 sociétés en nom collectif, 952 en commandite simple, 79 en commandite par actions, 561 anonymes et 165 à capital variable.

L'augmentation du nombre des sociétés anonymes se dégage d'une façon très nette de la progression du chiffre général des sociétés : car le nombre des constitutions de sociétés de cette catégorie, qui était de 24 pour l'année 1850, se trouve être de 510 en 1896, de 561 en 1897, soit moins d'un demi-siècle plus tard. A Paris seulement, au cours de l'année 1900, il a été fondé 383 sociétés anonymes.

Ce développement d'une forme d'association qui est par essence la société par actions, s'explique aisément. La société anonyme a montré dans toutes les branches de l'activité humaine, qu'il s'agisse du commerce, de l'industrie, des transports ou des finances, quelle remarquable puissance était la sienne. « La représentation de la part sociale par l'action, dit M. Thaller, a déterminé toute une révolution dans la formation des entreprises, ainsi que dans la composition des fortunes (1). » Aux entreprises, elle a apporté les capitaux de l'épargne privée que tentent avec raison le fractionnement de la participation, l'extrême division des parts, la limitation précise de la responsabilité et des risques, la transmissibilité facile des titres, la durée de la société et sa survivance aux membres qui la composent. Dans la composition des fortunes, la société par actions et surtout la société anonyme ont facilité la mobilisation de la propriété foncière et industrielle et permis l'augmentation continue de la richesse nationale.

Est-il donc exagéré de dire que la société anonyme est à l'heure présente un des rouages fondamentaux de notre vie économique ?

(1) Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1898, p. 115.

La circulation de la richesse devient d'autant plus vive que l'activité d'un peuple est plus grande ; or, cette richesse ne circule pas sans rencontrer de tous côtés dans sa course la société anonyme à laquelle elle confie les capitaux de placement, à laquelle elle demande les capitaux de crédit, avec laquelle elle multiplie les échanges commerciaux de toute nature.

Toutes les personnes sont donc exposées à un contact permanent ou accidentel avec les sociétés anonymes, les uns comme actionnaires, les autres comme acheteurs ou vendeurs de marchandises, les uns comme bailleurs de fonds, les autres comme emprunteurs. C'est assez dire que la vie d'une société anonyme intéresse une infinité de personnes. C'est assez dire également que les représentants légaux de cette société, ceux qui donnent une existence contingente à sa personnalité juridique, sont en contact permanent avec les associés qu'ils représentent et en contact occasionnel avec le reste des individus. Or, la société choisit au sein même du public les hommes à qui elle confie le soin de la diriger ; pour peu qu'il ait un intérêt dans l'affaire, c'est-à-dire qu'il soit actionnaire, tout individu peut, du jour au lendemain, devenir administrateur d'une société anonyme. L'importance de l'entreprise, la multiplicité des intérêts en jeu, diront dans chaque cas la gravité de son rôle. Ce rôle, le développement des sociétés le rend tous les jours plus vulgaire et plus fréquent, si bien que l'administrateur de société anonyme n'est point un type de mandataire exceptionnel et rare que la pratique des tribunaux ne connaît pas ; c'est au contraire une personnalité répandue partout, qui entre en contact continuel avec la société qu'il administre et les tiers auprès

desquels il la représente. Qui dit contact dit aussi conflits : plus se rencontrent les intérêts des uns et ceux des autres, plus augmentent les chances de heurt et de froissement, plus fréquemment se pose la question redoutable de la responsabilité civile ou pénale.

Il n'est pas, dans le droit, de principe plus fécond que celui de la responsabilité. Il n'est guère de contrat plus important et plus répandu que le mandat conféré à un administrateur par une société anonyme. La question de la responsabilité des administrateurs est donc de celles que l'activité croissante d'un grand pays soumet le plus fréquemment à l'appréciation des tribunaux et à la critique des jurisconsultes. C'est à cette double considération que cette étude nous a paru emprunter quelque intérêt, en dépit de l'imperfection de sa forme et de la modeste personnalité de son auteur.

TITRE I^er

DE LA CONDITION JURIDIQUE

DES ADMINISTRATEURS

TITRE Ier

DE LA CONDITION JURIDIQUE DES ADMINISTRATEURS DES SOCIÉTÉS ANONYMES

Il paraît impossible d'étudier la responsabilité des administrateurs des sociétés anonymes sans déterminer, au préalable, leur condition juridique. Leur responsabilité, en effet, peut naître de tous les actes de la vie normale d'une société, et sa naissance, son étendue, sa sanction, sont intimement liées au rôle que la loi et les statuts imposent aux administrateurs. De là la nécessité de les placer exactement dans le cadre où évoluera la société, de définir leurs fonctions, la nature et le caractère de leur mandat, l'étendue de leurs pouvoirs, la source de leur autorité. Ce sont là d'importants préliminaires auxquels l'analyse de la responsabilité nous forcera fréquemment à revenir et qui deviendront, lorsqu'ils auront été nettement définis, les bases de notre argumentation.

On ne peut concevoir une société sans concevoir en même temps l'idée précise de sa personnalité juridique, personnalité qui implique par elle-même la nécessité d'une représentation. En d'autres termes, pour

qu'une personne juridique possède une existence concrète, il est indispensable qu'une ou plusieurs personnes tiennent de la convention ou de la loi le droit de la représenter. En fait, cette représentation se confondra le plus souvent avec l'administration, en ce sens que l'une et l'autre seront généralement réunies sur la même tête, l'obligation de gérer se séparant malaisément de la faculté de représenter.

Antérieurement au Code de commerce, le régime des « Compagnies par actions » était indépendant des lois générales et ne rentrait pas dans la sphère d'application du droit positif français; chacune d'elles puisait dans un édit royal son droit à l'existence et sa réglementation propre.

Le Code de commerce ne donna qu'un régime rudimentaire aux sociétés anonymes et limita la réglementation aux conditions fondamentales, dont la plus caractéristique était l'autorisation préalable du gouvernement. Quant à l'administration, le Code de commerce (art. 31) la confie à « des mandataires à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits. » C'est avec le Code civil, en se référant aux règles générales du mandat, que l'on détermine la véritable condition des administrateurs (C. civ., art. 1991 et suiv.).

Les imperfections de ce système se révélèrent au fur et à mesure que la société anonyme devint un organe de plus en plus puissant de l'activité sociale; diversité extrême des organisations, défaut absolu de garanties spéciales au profit des actionnaires, etc.... La multiplicité des formes adoptées par les sociétés devait rendre fort difficile l'exercice du contrôle gouvernemental,

bien que, par deux fois, des instructions administratives aient réglementé la procédure des demandes d'autorisation et précisé certaines conditions auxquelles les statuts proposés devraient satisfaire (1). Aussi, dès 1856, l'intervention législative apporta des règles précises sur la réglementation des sociétés. La loi du 17 juillet 1856, relative aux sociétés en commandite, puis celle du 23 mai 1863, qui créa la société à responsabilité limitée, provoquèrent dans la législation des sociétés l'évolution qui devait aboutir au système définitif de la loi du 24 juillet 1867 ; système sous lequel vivent les sociétés françaises, affranchies, désormais, de la nécessité d'une autorisation administrative.

C'est donc à la loi de 1867 que nous allons demander de nous dire ce qu'est un administrateur, quels sont les pouvoirs dont il est armé et les obligations qui lui sont imposées.

I.

Les administrateurs sont des mandataires.

L'administrateur est un mandataire de la société (art. 22, loi de 1867). Il tient son mandat soit des statuts, soit de l'assemblée générale des actionnaires, mais, dans les deux cas, directement de la société, puisque les statuts sont son œuvre ou tout au moins reçoivent son approbation. La loi de 1867 autorise cependant la nomination d'administrateurs statutaires dont le choix n'est pas soumis à l'approbation de l'assemblée générale ; l'article 25 se borne à limiter à trois ans la durée du mandat dont ils sont investis par ce procédé. En

(1) Instructions ministérielles des 22 octobre 1817 et 11 juillet 1818.

somme, la société est libre de confier au scrutin ou de demander aux statuts la désignation des hommes appelés à l'administrer. Elle est libre également de fixer comme il lui plaît le nombre de ses administrateurs. La loi prévoit même, et il est permis de critiquer cette disposition, le cas où il n'y aura qu'un seul administrateur. Cette double latitude laissée au mandant lui rendra assurément plus facile le choix des mandataires, et cela d'autant plus que l'éligibilité des administrateurs n'est soumise qu'à deux conditions d'ordre matériel. L'administrateur doit être, tout d'abord, un actionnaire de la société ; il doit en outre posséder un nombre d'actions déterminé par les statuts, actions qu'il devra déposer dans la caisse sociale pour garantie de sa gestion.

Des actions de garantie.

L'institution de cette garantie spéciale a été empruntée par le législateur de 1867 à la loi du 23 mai 1863. En fait, elle se ramène à la constitution d'un gage dont l'étendue et la valeur peuvent, comme nous le verrons plus loin, varier à l'infini. Mais quel qu'il soit, ce gage engendrera un privilège dont seront armés tous ceux qui deviendront créanciers des administrateurs à raison des actes de gestion (art. 2073 et 2102 C. civ.).

On voit que le droit commun suffit à donner aux actions de garantie, déposées dans la caisse sociale par les administrateurs, un rôle efficace. Mais il est visible d'autre part que cette garantie deviendra illusoire s'il existe une disproportion trop considérable entre l'étendue des droits nés de la gestion des administrateurs contre les administrateurs eux-mêmes, et d'un autre côté, le nombre et la valeur des actions qu'ils ont déposées. C'est aux statuts que la loi du 24 juillet 1867 a

laissé le soin de pourvoir à cette précaution, en leur donnant toute latitude pour fixer le nombre d'actions de garantie dont les administrateurs auront à effectuer le dépôt.

La loi du 23 mai 1863 avait statué sur ce point tout spécial, en décidant que les administrateurs devraient être propriétaires, par parts égales entre eux, d'un nombre d'actions représentant, au total, le vingtième au moins du capital social (art. 7). Cette double disposition était destinée à sombrer au cours des débats parlementaires qui ont donné naissance à la loi de 1867.

A la rigueur, la détermination légale du nombre des actions de garantie, sa fixation à une quotité égale au vingtième du capital social, pouvaient se concilier avec le régime de la responsabilité limitée. N'oublions pas, en effet, que la loi de 1863 ne permettait pas la constitution d'une société de capital supérieur à vingt millions. C'était donc un million, au maximum, que pouvaient représenter les actions de garantie : chiffre assez élevé pour que le recrutement des administrateurs fût, dans bien des cas, chose fort difficile. Cela eût été même complètement impossible si le législateur de 1867 avait laissé coexister concurremment l'article 7 de la loi de 1863 avec le régime de la liberté absolue du capital. A quel dépôt formidable auraient été astreints les administrateurs des sociétés, nombreuses aujourd'hui, dont le capital dépasse cent ou deux cents millions ?

Le projet du gouvernement adopta une transaction entre le système de la loi de 1863 et le régime de la liberté absolue accordé aux statuts ; il laissait subsister l'obligation pour les administrateurs de déposer un

nombre d'actions égal au vingtième du capital, mais il supprimait celle de posséder ce nombre par parts égales entre eux et il autorisait, en outre, les statuts à réduire à 1,500,000 fr. le montant nominal du dépôt de garantie chaque fois que le capital social excéderait ce chiffre. C'était un pas important accompli vers les réformes inspirées par un esprit plus libéral ; la commission le jugea insuffisant. Elle se rapprocha davantage de la théorie générale de l'entière liberté des conventions et déclara « qu'en laissant subsister le principe, en imposant aux administrateurs l'obligation d'être propriétaires d'actions représentant une partie du capital, il fallait laisser aux conventions le soin de déterminer le chiffre et les conditions de la garantie » (Rapport de M. Mathieu) [1].

Le texte préparé par la commission fut agréé par le Conseil d'État, voté par le Corps législatif et devint l'article 26 de la loi du 24 juillet 1867.

Désormais les fondateurs d'une société anonyme auront donc la mission, délicate assurément, de fixer le chiffre total des actions dont le conseil d'administration devra être propriétaire et de proposer ce chiffre à l'assemblée générale appelée à voter les statuts. On comprend aisément qu'il sera difficile de prévoir l'étendue des responsabilités éventuelles et les risques toujours inhérents à une grande entreprise. Du moins pourra-t-on s'inspirer de la nature de la société, de l'importance de son capital et du développement auquel ses affaires paraissent appelées. Il serait imprudent, par contre, de prendre en considération la personnalité même des ad-

(1) D. P., 1867, 4, p. 111.

ministrateurs, leur fortune et leur solvabilité ; car les statuts subsisteront indépendamment des changements qui surviendront dans le personnel chargé d'administrer la société. La modération du chiffre choisi permettra un recrutement plus facile des administrateurs ; on ne verra plus, comme sous la loi de 1863, des hommes de talent et de mérite écartés de la direction des affaires sociales parce qu'ils ne peuvent contribuer pour une part égale à la formation du capital de garantie. La loi du 24 juillet 1867, en supprimant cette obligation, a permis de compenser le dépôt insuffisant d'un administrateur par celui plus considérable d'un ou plusieurs de ses collègues, de façon à réaliser collectivement le nombre d'actions exigé par le pacte social.

Du texte de l'article 26, il est permis de déduire que les statuts pourront abaisser ce nombre comme ils l'entendront, qu'ils pourront même stipuler que le dépôt d'une seule et unique action suffira à satisfaire au vœu de la loi[1]. Dans cette hypothèse, et si l'avenir réserve à la société des surprises, si les administrateurs encourent des responsabilités onéreuses, les actionnaires ne pourront s'en prendre qu'à eux-mêmes de l'insuffisance du capital de garantie. Ils auront commis l'imprudence, en votant les statuts, de s'assurer d'un gage de mince valeur et devront supporter les risques de leur témérité.

Dès l'instant que nous envisageons le cas où les statuts n'ont stipulé qu'un dépôt insuffisant, nous pouvons prévoir celui où ils sont muets, où la fixation du nombre des actions de garantie est l'objet d'une omission.

(1) Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, n° 478.

Quelle sera, dans cette hypothèse, la situation des administrateurs et de la société ?

Il est difficile d'admettre que cette prétérition vicie la société au point d'entraîner sa nullité ; l'article 41 de la loi du 24 juillet 1867 donne une énumération complète des articles dont la violation provoque la nullité de la société. Or, l'article 26 n'est point compris dans cette énumération. Il faut donc considérer la société comme régulière, malgré que les statuts passent sous silence le nombre d'actions de garantie (1).

Si la validité de la société reste intacte et si, en fait, la société vit, deux solutions se présentent à l'examen. La première consiste purement et simplement à déclarer qu'en pareil cas, les administrateurs seront responsables sur leur fortune personnelle : solution qui se ramène à la suppression du système de garantie édicté par la loi. Mieux vaut, à notre sens, considérer les statuts comme incomplets et reconnaître à tout intéressé le droit d'intervenir pour les faire compléter, en provoquant une assemblée générale et en inscrivant à son ordre du jour la lacune à combler.

Au reste, si c'est là un droit que l'on doit accorder à tout intéressé, c'est assurément un devoir pour les administrateurs de prendre cette initiative. Ils sont, n'est-il pas vrai, chargés de gérer la société ; leur gestion doit avant tout se conformer aux lois ; c'est assez dire qu'ils sont tenus de pourvoir à l'achèvement des statuts et qu'ils ne sauraient, sans engager leur responsabilité, laisser le pacte social dépourvu d'une stipulation exigée par la loi (2).

(1) Houpin, *Traité général des sociétés*, t. II, n° 794.

(2) Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi sur les sociétés*,

Le dépôt une fois réalisé par les administrateurs, et cela en conformité des statuts, les actions qui le constituent sont l'objet d'une série de mesures de précaution que le législateur de 1867 a édictées dans le but d'empêcher le détournement du gage. Ces actions, dit l'article 26, doivent être « nominatives, inaliénables, frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité et déposées dans la caisse sociale ». Ainsi, ni les administrateurs, ni les actionnaires, ni les tiers ne pourront en disposer et la société pourra les revendiquer entre les mains de tous ceux qui les détiendront.

Il est certain que ce dépôt, ainsi que l'inaliénabilité des titres qui en sont les éléments, n'ont qu'un caractère temporaire; mais la durée du dépôt pourra être notablement supérieure à la durée des fonctions des administrateurs, sans jamais lui être inférieure. Destinées à garantir l'exécution d'un mandat, les actions réunies dans la caisse sociale reviendront-elles à leur propriétaire dès que le mandat aura pris fin (1)? Dans le silence de la loi sur ce point spécial, il nous semble difficile de répondre affirmativement, car les actions en responsabilité peuvent naître longtemps après que l'administrateur est dessaisi de ses fonctions. On comprend sans peine qu'un acte de gestion, accompli par un administrateur, puisse engendrer un recours des actionnaires ou des tiers postérieurement à l'expiration de son mandat. S'il n'a pas obtenu un quitus, une ratification, les ayants droit se trouveraient alors privés de la

n° 192. — Ruben de Couder, *Dict. de droit commercial*, v° Société anonyme, n° 295. — Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, 2e éd., t. I, n° 539, et t. II, n° 742.

(1) Bédarride, *Des sociétés par actions*, n°s 334, 339.

garantie constituée par la loi. Il est donc rationnel de décider que la remise des actions de garantie à leur propriétaire ne pourra être consentie qu'autant que ce dernier aura fait approuver ses comptes par l'assemblée générale et éteint, par le fait, les responsabilités éventuelles. Si même il y a plusieurs administrateurs, comme ils sont liés entre eux par une solidarité réelle et comme, suivant la parole de M. Cornudet, rapporteur de la commission, la loi a décidé « que ces actions, quelle qu'en fût l'origine, répondraient pour tous et pour chacun », un administrateur ne pourra recouvrer les actions déposées par lui qu'autant que ses collègues auront obtenu le quitus de leur gestion (1).

Faute d'un quitus, d'une approbation de la gestion des administrateurs, M Boistel admet que les actions restent affectées au gage tant que dure la dette des mandataires, c'est-à-dire pendant trente ans à partir de l'expiration de leurs fonctions. Au terme de ce délai, les droits de la société sont éteints et le gage libéré (2).

Révocabilité des administrateurs.

La loi du 24 juillet 1867 ne s'est pas contentée d'instituer une garantie d'ordre pécuniaire dans l'intérêt de la société. On a pensé qu'il en était des sociétés comme du régime parlementaire et que le meilleur moyen d'assurer une soumission complète du pouvoir exécutif à l'assemblée délibérante était de donner, à celui-ci, un mandat essentiellement révocable. Il y aura une communion parfaite d'idées, une unité permanente de vues entre le conseil d'administration et l'assemblée

(1) Ruben de Couder, *ibid.*, n° 299. — Alauzet, *ibid.*, n° 742.
(2) Boistel, *Précis de droit commercial*, 1875, p. 213.

générale des actionnaires si cette dernière peut, à sa guise, leur retirer sa confiance et son mandat.

L'article 22 de la loi de 1867 a fait de la révocabilité des administrateurs une règle impérative; règle que l'on trouvait déjà dans le Code de commerce (article 31) et dans la loi de 1863.

La révocabilité du mandataire n'est, en elle-même, qu'une application de la règle posée par l'article 2003 du Code civil; mais la loi spéciale aux sociétés s'est séparée du droit commun en assimilant complètement l'administrateur statutaire et l'administrateur nommé par l'assemblée générale des actionnaires et en décidant que l'un et l'autre, sans distinction, sont révocables *ad nutum*. L'article 1856 du Code civil a établi, à ce point de vue, une différence en disposant que l'administrateur d'une société civile ne peut être révoqué que pour cause légitime s'il tient son mandat du contrat constitutif. Au contraire, s'il a été nommé par un acte postérieur, la révocabilité *ad nutum* devient la règle générale.

Cette dérogation au droit commun est d'autant plus remarquable que le système du Code civil n'a jamais cessé de régir la société en nom collectif et la société en commandite (1). Elle s'explique généralement par cette considération, que l'administrateur de la société anonyme est un mandataire, lequel, en dehors des faits constitutifs de la faute prévue par l'article 1382 du Code civil, échappe à la responsabilité portant sur son patrimoine propre; que, dans ces conditions, la révocabi-

(1) Houpin, *Traité des sociétés*, 1901, t. I, nos 95 et suiv., 184, 226 et 681.

lité apparaît comme une garantie supplémentaire instituée par la loi [1]. En somme, si cette garantie existe, son effet, assez limité, consiste à subordonner d'une façon plus étroite le conseil d'administration à l'assemblée générale. Encore son efficacité n'est-elle pas à l'abri de toute critique.

« La loi, dit M. Thaller [2], veut par là que les administrateurs soient les instruments d'une politique « inspirée par les actionnaires. C'est une utopie, et la « règle n'a pas de sanction effective. L'assemblée générale ne peut révoquer que si la question de révocation est portée à son ordre du jour. Or l'initiative « de ces convocations et la confection des ordres du « jour n'appartiennent qu'au conseil d'administration « (ou aux commissaires), et non aux actionnaires. Du « moins la révocation non visée dans l'ordre du jour « est-elle possible dans un cas spécial seulement : si « elle est déterminée par des incidents imprévus, survenus au cours de l'assemblée générale elle-même « (Civ. Rej., 15 juillet 1895). »

Quoi qu'il en soit et quelque bien fondée que soit cette critique, la rédaction de l'article 22 conduit à décider que tout administrateur, statutaire ou non, peut être révoqué sans motif légitime [3]. Si, d'une part, cette disposition déroge au droit commun en matière de sociétés, ne convient-il pas d'observer d'autre part qu'elle

(1) Cass., 28 juillet 1868. D. P., 68, 1, 441 ; Sirey, 69, I, 57. — Cass., 30 avril 1878. D. P., 78, 1, 314. — Paris, 6 mars 1890. D. P., 91, 2, 119. — Paris, 25 juillet 1893. D. P., 94, 2, 6.

(2) Thaller, *Traité élémentaire de droit comm.*, 1898, n° 525.

(3) Alauzet, *op. cit.*, I, n° 535. — Vavasseur, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 4e éd., II, n° 795. — *Contra :* Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, n° 172.

se rapproche du droit commun en matière de mandat et qu'elle constitue une application des articles 2003 et 2004 du Code civil ?

Du moment que le droit de révocation *ad nutum* est accordé aux actionnaires, il est permis de se demander si l'exercice de ce droit ne pourra pas, à l'occasion, justifier l'allocation de dommages-intérêts à l'administrateur révoqué d'une façon intempestive et arbitraire. Nous ne pensons pas qu'une action en dommages-intérêts dirigée contre la société doive réussir. En révoquant son mandataire, n'a-t-elle pas usé d'un droit que la loi lui confère en termes exprès ? La crainte d'être tenue au paiement d'une indemnité serait également de nature à en paralyser l'exercice et à imposer à la société une gestion qu'elle-même juge défectueuse. L'administrateur révoqué n'aura donc pas d'action contre les actionnaires, et cela en dépit de la preuve du préjudice que lui aura causé la décision de l'assemblée générale (1). Il aura cependant, en vertu du droit commun, une action contre les tiers ou ceux des actionnaires qui, par des manœuvres frauduleuses, des rapports mensongers, auraient provoqué la mesure dont il a été victime.

En un mot, l'administrateur reste sans recours contre la société, car l'existence de ce recours porterait une grave atteinte au principe de la révocabilité, et si grande est l'importance que les auteurs accordent à l'intégrité de la règle que l'on n'hésite pas à lui donner sa portée la plus absolue. C'est ainsi que l'on refuse à

(1) Houpin, *op. cit.*, II, n° 786. — Alauzet, *op. cit.*, n° 535. — Vavasseur, *op. cit.*, II, n° 795. — Cass., 28 juillet 1868. D. P., 68, 1, 441.

l'administrateur révoqué le droit de demander à la société des dommages-intérêts, alors même que les statuts autoriseraient, en pareille hypothèse, l'allocation d'une indemnité[1]. La révocabilité étant d'ordre public, une disposition de cette nature devrait être considérée comme nulle et de nul effet. Il en serait de même, à plus forte raison, d'une clause des statuts qui enlèverait à la société le droit de révocation que lui réserve la loi. Cette opinion, toutefois, ne s'est pas généralisée sans difficulté. La validité d'une clause enlevant aux actionnaires ou restreignant entre leurs mains le droit de révocation a été controversée. La Cour de cassation, dans son arrêt du 25 mai 1868[2], sans résoudre catégoriquement la question, semble reconnaître aux statuts le droit de limiter la révocabilité des administrateurs. « ....Attendu qu'en admettant que les associés puis-« sent, en déléguant l'administration, renoncer pour « un temps précis et déterminé au droit qu'ils ont, en « principe, de révoquer les administrateurs qu'ils ins-« tituent, il est certain, du moins, qu'une telle déroga-« tion à l'article 31 du Code de commerce ne saurait « être supposée et qu'elle devrait être exprimée dans « la convention ou résulter de ses termes. »

La pensée de la Cour suprême paraît avoir été que, d'une part, la suppression absolue du droit de révocation constitue une violation trop directe de la loi pour que l'ordre public n'en soit pas atteint ; mais que, d'autre part, rien ne s'oppose à ce que l'on considère comme valable une clause des statuts limitant en ter-

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n° 812.
(2) D. P., 68, 1,44.

mes fort précis le droit de révocation des actionnaires à une période déterminée du mandat des administrateurs.

Cette théorie fut défendue par M. Pardessus [1] et par la plume plus autorisée encore du rapporteur de la loi de 1867 : M. Mathieu [2]. Elle ne put cependant prévaloir contre l'idée, grandissante depuis 1867, que les règles fondamentales du régime des sociétés intéressaient l'ordre public. C'est vers cette opinion, dans le sens de cette idée, que s'orientèrent les auteurs les plus nombreux et la jurisprudence presque tout entière; nous n'hésitons pas à les suivre et à décider qu'une stipulation du pacte social enlevant ou réduisant le droit de révocation des actionnaires serait nulle et de nul effet; que cette nullité devrait être prononcée dès qu'un administrateur révoqué s'en prévaudrait contre la société, dès que les actionnaires eux-mêmes se trouveraient dans la nécessité d'exercer librement leur droit de révocation [3].

Démission des administrateurs.

Le législateur de 1867, en maintenant le principe de la révocabilité des administrateurs, n'a point, en retour, porté atteinte au droit qu'ils possèdent de donner leur démission. Ils peuvent assurément abandon-

(1) Pardessus, *Droit commercial*, t. IV, n° 1041.

(2) Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, n° 172.

(3) D. R., v° Sociétés, n° 1515; Vavasseur, *op. cit.*, II, n° 796; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, n° 812; Pont, *op. cit*, n°s 1608 et suiv.; Houpin, *op. cit.*, II, n° 782. — Cass., 10 janvier 1881. D. P, 1, 461; Sirey, 81, 1, 251. — Paris, 13 décembre 1883. Sirey 84, 2, 39. — Paris, 20 janvier 1886. Sirey, 86, 2, 234. — Cass., 2 juillet 1888. Sirey, 88, 1, 421. — Paris, 17 mars 1893. D. P., 93, 2, 309. — Paris, 25 juillet 1893. D. P., 94, 2, 6.

ner leur mandat avec autant de facilité que les actionnaires peuvent le leur retirer (1). C'est l'application pure et simple de la règle écrite dans l'article 2003 du Code civil. Comme le mandataire de droit commun, l'administrateur peut abdiquer son mandat; comme lui, il doit notifier au mandant, c'est-à-dire à la collectivité des actionnaires, sa renonciation; comme lui encore, il sera tenu à des dommages-intérêts, si sa démission inopportune préjudicie à la société. Tous les mandataires, en effet, sont tenus aux précautions, aux tempéraments qui permettent de concilier l'exercice de leur droit de renonciation avec les intérêts du mandant (art. 2007 C. civ.).

Il n'est pas douteux que la démission d'un administrateur soit sans effet au regard de sa responsabilité : elle l'isole de l'administration pour l'avenir et il reste, cela est bien entendu, parfaitement étranger aux actes que le conseil accomplira désormais. Pour le passé, sa responsabilité demeure intacte et il doit répondre de tous les actes de son administration antérieurs à sa démission. Au cas de responsabilité encourue à raison de la nullité de la société, la démission des premiers administrateurs, responsables de l'intégralité du préjudice causé par cette nullité, ne les affranchit en rien de l'obligation de réparer le dommage tout entier, de telle sorte qu'ils répondent non seulement du préjudice causé à la société avant leur démission, mais aussi, des opérations postérieures à l'abandon de leur mandat. C'est la conséquence logique de la règle qui rend les administrateurs en fonctions au moment où la nullité a

(1) Paris, 2 février 1897. D. P., 98, 2, 227.

été encourue, responsables de tout le préjudice que cause cette nullité (1).

Cette faculté réciproque de révoquer et de démissionner, laissée à la société et aux membres du conseil d'administration, ne s'exerce pas sans compromettre l'unité de direction d'une grande entreprise industrielle ou commerciale. On est, en effet, bien obligé de reconnaître que si elle consacre la liberté réciproque du mandataire et du mandant, elle assure aussi par là même l'instabilité de l'administration, la mobilité du pouvoir.

Déjà en 1856, lors de la discussion de la loi sur les sociétés en commandite, ce danger avait frappé les esprits : « admettre la liberté des sociétés anonymes, disait le rapporteur de la loi, M. Langlois (de la Sarthe), ce serait introduire le régime républicain dans l'industrie. » Aujourd'hui que cette liberté des sociétés anonymes est un fait acquis depuis de longues années et que la faculté réciproque de révoquer et de démissionner a subi l'épreuve de l'expérience, on doit reconnaître qu'elle présente certains dangers. La direction d'une société étant abandonnée aux caprices d'une assemblée générale, désormais souveraine, on a vu parfois les rivalités de personnes, les passions intéressées provoquer, au sein des sociétés, des coups d'État dangereux, bouleversant la direction, supprimant les mandats, sans avoir à justifier d'un motif légitime ni même d'une apparence de raison. Qui empêchera un groupe d'actionnaires audacieux de réunir entre leurs mains un nombre de procurations suffisant pour ren-

(1) Cass., 27 janvier 1873. D. P., 73, 1, 331.

verser le conseil d'administration et s'emparer du pouvoir ?

La révocabilité admise, avec ses avantages et ses périls, il nous suffira, pour compléter ce point spécial de la condition des administrateurs, de dire comment s'exerce le droit de révocation.

Deux hypothèses peuvent se présenter : ou les statuts règlent la révocation des administrateurs, ou ils ne la prévoient pas.

Si les statuts ont pris des dispositions spéciales et précisé la façon dont l'assemblée générale doit procéder, c'est une question délicate que de savoir si on doit les observer, en tant du moins qu'il s'agit d'administrateurs statutaires. On a objecté, en effet, que la révocation de ces mandataires constituait une véritable modification des statuts et qu'il convenait en conséquence d'observer les formes spéciales prescrites par le pacte social pour le cas de modification aux statuts. La réponse est décisive ; la révocation, loin de constituer une dérogation au contrat social, est l'exercice d'un droit statutaire et légal. Aucune assimilation n'est donc possible entre l'usage du droit de révocation et l'insertion dans les statuts d'une clause modificative du sens et du texte originaires. Il faut conclure de là que, dans tous les cas, la révocation des administrateurs est valablement prononcée par une assemblée générale composée d'actionnaires en nombre suffisant pour que cette assemblée puisse délibérer régulièrement dans les circonstances ordinaires. Si les statuts prévoient une majorité spéciale, il y aura lieu d'observer cette majorité ; mais en aucun cas on ne devra recourir aux moyens et

formes prévus pour les modifications à apporter aux statuts (1).

En résumé, nous pouvons maintenant condenser, dans une définition, cette analyse de la personnalité juridique de l'administrateur de société anonyme ; c'est un mandataire révocable, astreint à déposer dans la caisse sociale un capital-actions de garantie dont l'importance est fixée par les statuts. Il peut être salarié ou gratuit ; mais on s'accorde à décider que sa responsabilité doit être appréciée plus sévèrement si sa gestion est rémunérée.

II.

DES POUVOIRS DES ADMINISTRATEURS

Les pouvoirs des administrateurs ne sont réglementés ni par le Code de commerce ni par la loi du 24 juillet 1867. C'est donc dans les statuts que l'on devra tout d'abord chercher les indications relatives à l'étendue de leurs fonctions ; puis, en cas de silence ou d'insuffisance des statuts, on appliquera les règles générales du mandat.

Pour apprécier si un acte quelconque rentre dans la limite de leurs attributions, il n'y a pas de difficulté si le pacte social prévoit et règle l'acte en question ; il y a lieu, au contraire, quand les statuts sont muets, de rechercher, à la lumière du droit commun, si l'acte proposé se place en dehors des pouvoirs d'un manda-

(1) Cass., 28 juillet 1868. D. P., 68, 1, 441. — Paris, 6 mars 1890. D. P., 91, 2, 119.

taire ordinaire. De là deux sortes de pouvoirs : pouvoirs statutaires conférés aux administrateurs par le contrat constitutif de la société; pouvoirs légaux qui leur sont donnés par l'application pure et simple des textes du Code civil relatifs au mandat.

Les pouvoirs statutaires peuvent être, et sont en général, beaucoup plus étendus que les pouvoirs légaux. On comprend sans peine que les statuts prévoient cette question, non seulement pour expliquer et préciser les droits que les administrateurs tirent, en vertu de la loi civile, de leur qualité de mandataire, mais aussi pour ajouter à ces droits des prérogatives, des pouvoirs plus considérables; comme, par exemple, pour autoriser les administrateurs à accomplir certains actes de disposition, que le mandat conçu en termes généraux ne leur permettrait pas (art. 1988 C. civ.).

Il y a, en effet, un intérêt considérable à ce que l'on sache exactement si un acte, accompli par un administrateur, l'a été dans la limite de ses pouvoirs. La société n'est obligée qu'autant qu'il en est ainsi et tous les actes accomplis par les administrateurs en dehors des attributions qui leur sont dévolues, tous ceux qui excèdent leurs pouvoirs, ne lient point la société. Ce sont les administrateurs, seuls et personnellement, qui sont engagés vis à-vis des tiers [1].

A cette règle, la jurisprudence a apporté quelques dérogations : il a été jugé que la société est engagée vis-à-vis du tiers avec lequel l'administrateur a contracté en dehors de ses pouvoirs, si la société a profité de

(1) Cass., 2 juillet 1878. Sirey, 81, 1, 411. — Cass., 28 janvier 1891. D. P., 91, 1, 339.

l'acte accompli ou si cet acte a été ratifié par l'assemblée générale des actionnaires (1).

Il en est de même s'il est établi que les tiers ont contracté à leurs risques et périls et sous réserve de l'approbation de l'assemblée générale. Mais de toutes façons c'est aux tiers de prouver, quand ils agissent contre la société, que l'engagement dont ils se prévalent a été contracté par un administrateur dans la limite de ses pouvoirs ou tout au moins pour les besoins de la société (2). En outre, la société ne peut jamais ratifier que des actes conformes à la loi et aux statuts ; une assemblée générale ne peut en effet approuver des actes accomplis en violation du contrat constitutif de la société (3).

Si les statuts ne règlent pas les pouvoirs des administrateurs, on applique les lois ordinaires du mandat (art. 1988 et 1989), ce qui revient à dire que les administrateurs peuvent accomplir tous les actes d'administration, à l'exclusion des actes de disposition. La distinction peut être parfois fort délicate, mais on décide généralement que dans son application, l'article 1988 du Code civil doit se combiner avec cette idée qu'il faut toujours envisager la nature de la société, son objet, le but de son entreprise. C'est l'analyse de ces éléments de fait qui constitue le véritable et le meilleur criterium.

On a fort discuté cependant le point de savoir si le

(1) Cass , 14 janvier 1885. J. S., 1885, 167. — Cass., 25 février 1885. J. S., 1885, 379. — Rouen, 13 juin 1887. R. S., 1888, 81. — Paris, 7 janvier 1892. D P., 1898, 2, 59. — Cass., 6 février 1893. D. P., 1893, 1, 318.

(2) Cass , 28 janvier 1891. D. P., 1891, 1, 339.

(3) Cass., 21 juin 1881. D. P., 81, 1, 465.

mandat de l'administrateur comportait le pouvoir d'emprunter et d'hypothéquer.

Pour l'emprunt, un premier système le prohibe catégoriquement et n'autorise les administrateurs à emprunter que si une disposition spéciale des statuts les y autorise [1]. Un second système développé par M. Alauzet permet d'une façon générale que les administrateurs contractent des emprunts [2]. Entre ces deux opinions extrêmes, une école intermédiaire ramène la validité de l'emprunt et son caractère obligatoire pour la société à de simples questions de fait [3]. C'est là, à notre sens, la solution la plus juste. L'emprunt est un acte qui peut revêtir les formes les plus diverses ; son importance, ses conditions de réalisation et de remboursement, ses garanties, son opportunité, feront varier à l'infini son caractère. L'emprunt, qui est en principe un acte de disposition, peut fort bien, en une foule de cas, ne constituer qu'un simple acte d'administration. L'émission d'une série d'obligations appartient assurément à la première catégorie ; au contraire, les avances en compte courant que les administrateurs d'une société peuvent, à tout instant, se voir obligés de demander au banquier de la société restent en fait des actes d'administration ordinaire. Il est donc logique de laisser au juge du fait le soin de déterminer si un emprunt

(1) Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, n° 226. — Delangle, *Commentaire*, n° 140. — Nancy, 22 décembre 1842. D. P., 42, 2, 53. — Cass , 22 août 1844. D. P., 45 2, 10. Sirey, 45, 1, 209. — Bordeaux, 6 août 1853. D. P., 54, 2, 14. Sirey, 55, 2, 717. — Alger, 18 mai 1863. D. P., 63, 2, 156. — Cass., 22 janvier 1867. Sirey, 67, 1, 124. — Lyon, 9 janvier 1870. Sirey, 70, 2, 235.

(2) Alauzet, *Commentaire, C. com.*, n° 198.

(3) Pont, *Sociétés comm.*, n° 524 — Cass., 18 juin 1872. D. P., 72, 1, 268. Sirey, 73, 1, 19.

est ou non un acte d'administration et, comme tel, s'il rentre dans les pouvoirs légaux de l'administrateur.

En ce qui concerne l'hypothèque, la loi de 1867 était absolument muette. On s'accordait à peu près généralement à la considérer comme excédant les pouvoirs des administrateurs Mais pour être conséquents avec eux-mêmes, les nombreux partisans de ce système furent amenés à décider qu'une délibération de l'assemblée générale ou un article des statuts, autorisant le conseil d'administration à hypothéquer les immeubles sociaux, devaient être rédigés en la forme authentique. En effet, l'hypothèque conventionnelle ne pouvant être consentie que par un acte authentique, il s'ensuit logiquement que le mandat conféré pour la consentir doit être donné en la même forme[1].

Il en était résulté de fort nombreuses difficultés dans la pratique et des frais considérables. L'article 69, ajouté à la loi de 1867 par la loi du 1er août 1893, a pourvu à cette lacune : « Il pourra être consenti hypo-
« thèque au nom de toute société commerciale en vertu
« des pouvoirs résultant de son acte de formation même
« sous seing privé, ou des délibérations et autorisations
« constatées dans les formes réglées par ledit acte.
« L'acte d'hypothèque sera passé en la forme authen-
« tique, conformément à l'article 2127 du Code civil. »

La loi nouvelle s'est bornée, on le voit, à une simple réglementation des formes ; car les pouvoirs des administrateurs ne s'y trouvent pas augmentés. Ils restent toujours tenus, pour hypothéquer les immeubles so-

(1) Paris, 5 juillet 1877. Sirey, 77, 2, 295. — Cass., 15 novembre 1880. D. P., 81, 1, 253. — Cass , 29 juin 1881. *Journal Trib. Comm.*, 1886, 633.

ciaux, de justifier d'un pouvoir spécial conféré soit par un article des statuts, soit par une délibération de l'assemblée générale des actionnaires. Peu importe désormais la forme en laquelle ce pouvoir est donné, seul l'acte emportant hypothèque reste soumis aux prescriptions de l'article 2127 du Code civil. C'est surtout au cas de mandat spécialement donné par l'assemblée générale que l'innovation de la loi de 1893 paraît efficace. Dans les sociétés anonymes, en effet, les statuts, alors même qu'ils sont rédigés sous seings privés, revêtent quelquefois la forme authentique, lorsqu'ils sont incorporés à la déclaration notariée que la loi impose aux administrateurs (1). En conséquence, la clause des statuts autorisant les administrateurs à consentir hypothèque pouvait, même avant 1893, produire son effet, Mais la loi nouvelle a consacré une heureuse simplification au cas où le pouvoir d'hypothéquer procède d'une délibération de l'assemblée générale, délibération qui sera rédigée en la forme ordinaire, et au cas où il s'agit d'une société autre qu'une société anonyme. On admet avec raison, croyons-nous, que la loi du 1er août 1893, bien que son intitulé paraisse réserver son application aux sociétés par actions, régit également les autres sociétés commerciales (2).

La transaction et le compromis sont soumis au même régime que l'hypothèque, que l'emprunt ; pour les uns et les autres, le mandat doit être spécial. Par voie de conséquence aussi, nous déciderons que les administra-

(1) Loi du 24 juillet 1867, article 1er. — Il en est autrement et les statuts restent simples actes sous signatures privées lorsqu'ils sont simplement *annexés* à la déclaration notariée.

(2) Genevois, *Le nouveau régime des sociétés*, 1896, p. 121.

teurs possèdent, à titre de pouvoir légal, le droit d'intenter toutes les actions relatives à l'administration de la société et d'y défendre [1].

Lorsque la société ne possède qu'un seul administrateur ou lorsqu'il y a un administrateur délégué, les pouvoirs que nous venons d'examiner sont centralisés dans la même main. Si, au contraire, la société est gérée par plusieurs administrateurs ayant tous un mandat identique, les pouvoirs se répartissent entre eux conformément à la règle de l'article 1857 du Code civil.

Cela n'empêche pas que le conseil d'administration, la collectivité des mandataires, reste seul chargé de la direction des affaires sociales, car chacun de ses membres est tenu d'exécuter les délibérations de ce conseil. Dans la généralité des cas, les statuts prévoient et règlent la forme de ces délibérations, fixent le nombre de membres nécessaire à leur validité, la majorité requise. Si les statuts sont muets, il faut admettre que tous les membres doivent être convoqués et que les délibérations doivent être prises à la majorité des membres présents [2]. C'est à cette conclusion que conduit l'application de la règle posée par l'article 1859 du Code civil; règle en vertu de laquelle les associés sont réputés s'être réciproquement investis d'un mandat tacite d'administrer. Cette opinion est combattue par quelques auteurs, qui décident qu'en cas de silence des statuts, les délibérations doivent être prises avec le concours des membres

(1) Cass., 24 mai 1870. D. P., 70, 1, 407. — Lyon-Caen et Renault, n° 1492. — Cass., 13 mars 1876. Sirey, 76, 1, 361. — Cass, 28 janvier 1891. Sirey, 91, 1, 256.

(2) Vavasseur, *op. cit.*, n° 815. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 1871, t. IV, p. 562 et 563. — Pont, *ibid.*, n°s 538 et 539.

composant le conseil, à la majorité des voix. La règle de l'article 1857 du Code civil devrait fléchir devant la pratique constante des sociétés par actions, qui considère comme irrégulier l'acte accompli par un des administrateurs sans le concours de ses collègues [1]. Dans ce système, le pouvoir individuel de l'administrateur n'existe qu'en vertu d'une clause des statuts ou d'une délégation du conseil d'administration. Il est, à notre sens, difficile de justifier une pareille dérogation aux principes du droit civil par cette simple raison que, en matière commerciale, l'usage a sinon supprimé, tout au moins déformé la règle écrite dans l'article 1859 du Code civil. Il ne faut pas, d'ailleurs, perdre de vue qu'il ne s'agit ici que des actes de pure administration et que les actes de disposition permis par les statuts restent le monopole du conseil des mandataires. Obliger ce conseil à intervenir effectivement pour délibérer sur les actes les plus minimes de la vie courante de la société, serait incontestablement entraver sa marche et rendre sa gestion fort difficile.

Dans la pratique, cette controverse offre peu d'intérêt, car il est de la plus élémentaire prudence que les statuts règlent ces questions essentielles. En général, ce but est heureusement réalisé par une clause décidant que, hors le cas de délégation de pouvoir, les actes courants de la vie sociale devront être signés par deux administrateurs. On évite ainsi l'intervention du conseil dans des opérations qui se multiplient journellement, comme les ventes, achats, mainlevées, quittances, en-

(1) Houpin, II, n° 812. — Lyon-Caen et Renault, *Traité*, n° 818. — Dalloz, *Supp.*, v° Sociétés, n° 1488.

dossements, souscriptions, acquits d'effets de commerce ; d'autre part, la nécessité de deux signatures assure, avec le concours de deux administrateurs, un contrôle suffisant de la gestion.

Délégation de pouvoirs.

En examinant les pouvoirs des administrateurs, nous avons parlé à plusieurs reprises de la délégation des pouvoirs. La loi de 1867 permet, en effet, cette délégation : « Ces mandataires peuvent choisir parmi eux un directeur ou, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils sont responsables envers elle » (article 22). Cette délégation peut être l'œuvre des statuts eux-mêmes : le directeur ainsi nommé est un véritable mandataire de la société, ayant sa responsabilité propre. Le pouvoir de gestion du conseil d'administration ne s'efface pas complètement pour autant, il n'en est que réduit[1].

La nomination de ce directeur peut être faite également par l'assemblée générale des actionnaires, il tiendra donc son mandat, comme dans le cas précédent, de la société même, et sera responsable envers elle. Ici encore le droit d'administration du conseil se trouve réduit ; sa responsabilité sera également diminuée dans la même proportion[2]. Dans ces deux hypothèses, les fonctions du directeur, du mandataire délégué, émanent de la société.

La loi accorde aux administrateurs le droit d'opérer cette délégation et de conférer un mandat de gestion soit à l'un d'entre eux, soit à une personne étrangère à

(1) Colmar, 3 juillet 1867. D. P., 67, 2, 236.
(2) Paris, 10 juillet 1866. Cass., 11 juillet 1870. Sirey, 70, 1, 365. D. P., 71, 1, 137.

la société. Comme l'article 22 de la loi de 1867 ne subordonne cette délégation à aucune condition, si les statuts se bornent à la permettre sans mieux préciser, les administrateurs jouissent à cet égard de la plus grande liberté.

Ils peuvent, tout d'abord, choisir un directeur au sein du conseil d'administration. Cette délégation est assurément licite, si les statuts l'autorisent. Est-elle également permise lorsque les statuts sont muets? Leur silence doit-il s'interpréter comme une autorisation de déléguer? La question se résout, en général, par une distinction. S'il s'agit d'une délégation temporaire accidentelle, spéciale à une affaire déterminée, on doit admettre que les administrateurs peuvent la consentir, car, en vérité, cette délégation est un véritable acte d'administration. D'autre part, cette latitude répond à d'impérieux besoins pratiques; elle permet de confier à un des administrateurs l'exécution d'un acte dont l'importance minime ou la répétition fréquente rendent impossible le concours du conseil d'administration tout entier ou de l'assemblée générale des actionnaires. Si, au contraire, la délégation est générale et permanente, si elle institue un directeur ou un administrateur délégué, elle exige nécessairement une autorisation des statuts, car elle ne peut plus être considérée comme un acte d'administration. Elle violerait aussi le contrat social qui a confié la gestion des intérêts sociaux à une collectivité et non pas à une personnalité unique[1].

(1) Nancy, 22 décembre 1842. D. P. 1843, 2, 53. — Cass., 16 juin 1851. Sirey, 51, 1, 583.

Au reste, l'intérêt de cette distinction se manifeste à un autre point de vue. Dans la première hypothèse, quand la délégation est accidentelle, spéciale et temporaire, la responsabilité des administrateurs, relativement à la gestion de celui d'entre eux qu'ils ont délégué, ne s'appréciera pas d'après la règle de l'article 1994 du Code civil. Aux termes de cette disposition, la responsabilité du mandataire est plus grande lorsqu'il s'est substitué une autre personne sans autorisation du mandant, que lorsqu'il l'a fait avec autorisation. Et en effet, le texte de l'article 1994 prouve bien que la faculté de substitution existe d'une façon générale, indépendamment de toute autorisation. Or, cette responsabilité plus grande ne doit pas être imposée aux administrateurs qui n'ont conféré qu'une délégation spéciale et temporaire, car ils ont usé de leur pouvoir légal d'administrer et leur responsabilité ne peut être engagée, conformément aux articles 1382 et 1383 du Code civil, que s'ils ont commis une faute soit en choisissant un mandataire incapable ou insolvable, soit en négligeant de le surveiller.

Au contraire, si la délégation est générale et permanente, le conseil d'administration ne peut pas la consentir sans y être autorisé. Elle n'engagera pas la société et les administrateurs seront responsables envers les tiers et envers la société de toutes les conséquences d'une pareille opération. L'article 1994 du Code civil recevra son entière approbation.

Nous avons supposé jusqu'ici que les administrateurs déléguaient un de leurs collègues; envisageons maintenant l'hypothèse où ce délégué est pris en dehors de la société.

Cette substitution, car il s'agit ici d'un mandataire

substitué et non plus d'un mandataire adjoint, est-elle licite? Oui : à la double condition que les statuts l'autorisent et que les administrateurs en seront responsables. Le texte de la loi de 1867 est formel sur ces deux points. C'est là, on le comprend, une mesure de la plus grande gravité, car elle constitue une véritable abdication de la part du conseil d'administration. Aussi, lors de la discussion de la loi, cette disposition, présentée par le gouvernement et rédigée d'accord avec le conseil d'État, rencontra, au sein du Corps législatif, la plus vive opposition (1).

La loi a, d'ailleurs, établi un contrepoids aux dangers que présente une telle faculté ; par dérogation au droit commun, elle a décidé que l'administrateur qui a usé de la faculté de se substituer un tiers, répond de tous les actes du mandataire substitué, alors même qu'aucune faute ne lui serait imputable (2).

Enfin, si les statuts ne prévoient pas la substitution, s'ils sont muets, leur silence ne saurait s'interpréter dans le sens de l'autorisation. C'est là une mesure d'une gravité telle qu'elle doit résulter d'un texte formel et que le silence, sur ce point, du pacte social, équivaut à une véritable prohibition.

La qualité d'administrateur laisse intacts tous les droits de la personnalité juridique. Un administrateur peut exercer toutes les fonctions qui ne sont point incompatibles avec son mandat et même cumuler plusieurs mandats. La seule restriction que la loi ait imposée

(1) De Courcy, *Les sociétés anonymes*, p. 36 et suiv.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, n° 838. — Pont, *Sociétés commerciales*, n° 1618. — Vavasseur, *ibid.*, n° 807.

à leur liberté est celle qui résulte de l'article 40 de la loi de 1867 : « Il est interdit aux administrateurs « de prendre ou de conserver un intérêt direct ou in- « direct dans une entreprise ou dans un marché fait « avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils « n'y soient autorisés par l'assemblée générale. — Il « est, chaque année, rendu à l'assemblée générale un « compte spécial de l'exécution des marchés ou entre- « prises par elle autorisés, aux termes du paragraphe « précédent. » La raison de cette interdiction est la nécessité de prévenir les conflits d'intérêts opposés qui pourraient se produire entre l'intérêt personnel et privé de l'administrateur et l'intérêt de la société dont il est mandataire. On a trouvé que le législateur de 1867 avait été trop loin et qu'il eût suffi, pour sauvegarder les intérêts de la société, de prescrire certaines précautions. C'est ce que fit, par exemple, la loi belge du 18 mai 1873, qui oblige simplement l'administrateur ayant un intérêt contraire à celui de la société à en avertir ses collègues et à mentionner cette déclaration dans le procès-verbal de la délibération [1].

La loi de 1867 constitue cependant une atténuation importante de la loi de 1863, qui défendait aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt dans une *opération quelconque*, conclue avec la société [2]. Le nouveau texte s'est montré plus indulgent en limitant sa prohibition aux *entreprises* ou aux *marchés* et en permettant à l'assemblée générale de la supprimer complètement.

(1) V., sur l'efficacité de l'article 40 : Thaller, *Traité élémentaire*, 1898, n° 538.

(2) Loi du 23 mai 1863, article 23.

La question de savoir s'il y a intérêt direct ou indirect de l'administrateur est de pur fait, et ne peut se résoudre que d'après les circonstances matérielles. Le juge doit être laissé appréciateur souverain. Il est, par contre, possible de déterminer la catégorie de contrats que la loi interdit aux administrateurs de conclure avec la société. Il ne s'agit, cela est certain, que des conventions qui présentent le caractère de marchés ou d'entreprise ; or les travaux préparatoires de la loi de 1867 et notamment l'exposé des motifs démontrent que la pensée du législateur a été de prohiber les opérations embrassant une série de travaux ou de fournitures d'une durée assez longue pour que l'administrateur ait le temps de saisir l'assemblée générale d'une demande d'autorisation [1]. Cette définition exclut les actes isolés de commerce, répétés ou non, pour lesquels les administrateurs ne sauraient être astreints à une demande d'autorisation sans qu'il en résulte une entrave à la marche des affaires sociales. C'est en s'inspirant de la pensée du législateur que les juges déterminent si un acte conclu par un administrateur constitue un *marché* ou une *entreprise* au sens de la loi. « Les conventions, « dit en effet le rapporteur de la loi, auxquelles s'ap- « pliquent ces dénominations ont ordinairement une « importance assez grande et leurs effets une durée « assez longue, pour qu'il soit prudent de les assujet- « tir à la nécessité de l'autorisation par l'assemblée gé- « nérale. D'ailleurs, l'autorisation, impossible pour des « opérations distinctes et réitérées, peut être facilement « obtenue pour des transactions comprenant une série

(1) Exposé des motifs, loi de 1867. D. P., 67, 4, 114.

« de travaux ou de fournitures et, par conséquent, « embrassant un assez long espace de temps. »

Nous déduirons de ces explications qu'un administrateur a le droit de faire avec la société des actes isolés de commerce, quelle que soit leur fréquence; acheter ou vendre des marchandises, prendre son papier à l'escompte, lui faire escompter le sien. Au contraire, nous lui refuserons le droit d'entreprendre la construction de bâtiments, de fournir à la société des matières premières pendant une durée déterminée, d'être acheteur de marchandises à livrer sur un espace de temps convenu, de consentir une ouverture de crédit en compte courant ou d'en obtenir une.

On admet, sans contestation, que la prohibition de l'article 42 se limite aux marchés ou entreprises conclus de gré à gré et que son application ne peut être étendue à ceux qui sont l'objet d'une adjudication. Les raisons de décider ne sont évidemment plus les mêmes; l'adjudication implique une publicité et une concurrence qui rendent la fraude impossible ou tout au moins fort rare. Il serait injuste, au nom de l'intérêt social, de supprimer un concurrent dont les offres peuvent être précieuses et qui ne peut devenir adjudicataire qu'à défaut de soumissions plus avantageuses [1].

Dans tous les cas, le contrat qui tombe sous l'application de l'article 40 de la loi de 1867 peut être valablement conclu après autorisation de l'assemblée générale des actionnaires; la société est juge de ses propres intérêts et doit courir le risque de ses décisions. En-

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, nos 480 et 821. — Alauzet, *op. cit.*, no 553. — Houpin, *op. cit.*, II, no 805. — Tripier, *Commentaire de la loi de 1867*, t. II, p. 237.

core le législateur a-t-il voulu la mettre en garde contre ses erreurs, en décidant qu'il sera rendu, en assemblée générale, un compte spécial de l'exécution des marchés ou entreprises qu'elle a autorisés.

Il est plus délicat de définir avec précision la sanction de l'article 40 et les conséquences qu'entraîne sa violation, tant au point de vue de l'administrateur qui a enfreint la loi qu'à celui de la société.

La révocation de l'administrateur coupable peut être la punition très légitime de la faute qu'il a commise en mettant ses intérêts propres au-dessus des obligations de son mandat.

Pour ce qui est du contrat en lui-même, son sort se résout par une distinction.

Si l'intérêt de l'administrateur est un intérêt direct, intérêt de propriétaire, d'associé, d'actionnaire, d'administrateur, l'acte qu'il a accompli avec la société est nul et peut être résilié. Nous arrivons à cette solution par l'argument, à notre avis très puissant, tiré de l'article 1596 du Code civil et qui frappe l'administrateur d'une véritable incapacité relative.

Si au contraire l'intérêt est indirect et si le tiers qui a contracté avec la société l'a fait de bonne foi, il n'y a plus de nullité. On arriverait, en effet, par la nullité de la convention, à des résultats inadmissibles. Supposons qu'un tiers contracte un marché avec la société et qu'il soit, en même temps, débiteur d'un de ses administrateurs ; si l'on frappait le contrat de nullité, ce serait le tiers qui supporterait les conséquences de la prohibition attachée par la loi au mandat intervenu entre la société et l'administrateur, mandat auquel le tiers est resté absolument étranger ; qui ne lui est, en droit, nulle-

ment opposable. Donc la validité du contrat n'est pas, au cas d'intérêt indirect, altérée par la violation de l'article 40.

Dans les deux hypothèses, l'administrateur en faute sera tenu à des dommages-intérêts envers la société ; à moins que celle-ci n'ait profité de l'acte accompli ou qu'elle ne l'ait couvert par une ratification.

Cette distinction est repoussée par M. Alauzet, qui décide qu'en aucun cas la nullité de l'acte ne peut être prononcée et que la sanction se ramène à une simple question de dommages-intérêts (1).

III.

ATTRIBUTIONS DES ADMINISTRATEURS

Les attributions des administrateurs, autres que celles résultant implicitement de leur caractère de mandataires, sont énumérées par la loi de 1867. Les unes sont relatives à la constitution de la société ; les autres s'appliquent au fonctionnement ou à la dissolution de la société.

D'une façon générale, le conseil d'administration, dès qu'il est constitué, doit s'assurer que toutes les formalités nécessaires à la fondation de la société ont été régulièrement accomplies et que les conditions de validité sont observées. Cette mission générale découle expressément du texte de l'article 6 de la loi de 1867. Ce texte, il est vrai, écrit pour les sociétés en commandite, n'est pas reproduit au titre II qui règle les socié-

(1) Alauzet, *ibid.*, t. II, n° 756.

tés anonymes. Mais du seul fait que l'article 42 rend les administrateurs responsables de la nullité de la société, on est bien obligé, croyons-nous, de conclure qu'ils ont le droit et le devoir de prendre toutes les précautions utiles pour l'éviter. Comment concevoir que les administrateurs puissent être tenus d'assumer les conséquences d'une nullité, qu'ils n'ont pas eu le moyen de prévenir ? Qui dit responsabilité, évoque l'idée de faute ; où serait la faute des administrateurs, au cas de nullité, sinon dans un manque de contrôle sur les formalités constitutives de la société ? Cette attribution se concilie aisément avec l'article 24, qui confie à la première assemblée des actionnaires le soin de vérifier la déclaration notariée faite par les fondateurs, de la souscription intégrale du capital social et du versement de plus du quart.

Cependant si l'article 6 de la loi de 1867 doit, à notre avis, s'appliquer aux administrateurs de sociétés anonymes, cette application doit se faire suivant une distinction. L'obligation de veiller à l'accomplissement des formalités constitutives ne pèse que sur les administrateurs statutaires. Ceux qui tiennent leur mandat de l'assemblée générale en doivent être exonérés, et cela, parce que leur nomination étant en fait sinon postérieure, tout au moins simultanée de la constitution définitive de la société, la souscription du capital social et le versement du quart ont été préalablement constatés par un acte qui est l'œuvre des fondateurs et sur la rédaction duquel ces administrateurs ne peuvent exercer aucun contrôle. Il est donc juste d'en conclure que l'attribution portée à l'article 6 s'étend aux administrateurs statutaires, mais à ceux-là seulement.

Dès que la société est constituée et que les administrateurs ont accepté leur mandat, leurs fonctions commencent. Le point de départ doit en être marqué par les formalités de publicité prévues par le titre IV de la loi et qui leur incombent exclusivement sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les administrateurs statutaires et ceux que l'assemblée générale a élus.

Au cours de l'existence de la société, ils doivent : 1° communiquer aux commissaires, pendant le trimestre qui précède la réunion annuelle de l'assemblée générale, les livres et documents nécessaires à l'examen des opérations sociales (art. 33).

2° Dresser chaque semestre un état de situation sommaire et, chaque année, un inventaire (1) général de l'actif et du passif (art. 34).

3° Convoquer l'assemblée générale pour lui soumettre l'inventaire, le bilan et le compte de profits et pertes (art. 34).

4° Faire aux commissaires et actionnaires les communications prescrites par les articles 34 et 35.

5° Faire remplacer les administrateurs et les commissaires décédés, démissionnaires ou dont les pouvoirs sont expirés.

6° Constituer la réserve légale prévue et réglée par l'article 36.

7° Rendre compte, chaque année, à l'assemblée générale, de l'exécution des marchés et entreprises conclus

(1) Dans la société anonyme, c'est au conseil d'administration seul qu'est confiée la charge de dresser l'inventaire, et cela sous sa propre responsabilité; dans la société en commandite, le gérant confectionne l'inventaire, propose le dividende ; puis soumet cet inventaire et cette proposition au conseil de surveillance qui en signale, à l'assemblée générale, soit le bien-trouvé, soit les inexactitudes.

par la société, avec l'autorisation de l'assemblée des actionnaires, et dans lesquels les administrateurs ont un intérêt direct ou indirect (art. 40).

8° Convoquer, en cas de perte des trois quarts du capital social, l'assemblée générale pour lui soumettre la question de savoir s'il y a lieu de dissoudre la société (art. 37).

Ces attributions légales, d'une part, et d'autre part, l'ensemble des obligations imposées à un mandataire, tant par le droit commun que par le pacte social, constituent un faisceau de devoirs auxquels les administrateurs ne peuvent manquer sans engager tantôt leur responsabilité civile, tantôt leur responsabilité pénale, quelquefois l'une et l'autre.

TITRE II

DES CAS DE RESPONSABILITÉ

DES ADMINISTRATEURS

TITRE II

DES CAS DE RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

CHAPITRE PREMIER

RESPONSABILITÉS RÉSULTANT DE LA NULLITÉ DES SOCIÉTÉS

SECTION Ire

Des personnes responsables de la nullité

La responsabilité des administrateurs d'une société anonyme est engagée, en principe, par la nullité de cette société. Le texte de l'article 42 de la loi de 1867 est formel : « Lorsque la nullité de la société ou des actes « et délibérations a été prononcée aux termes de l'ar- « ticle précédent, les fondateurs auxquels la nullité est « imputable et les administrateurs en fonctions au mo- « ment où elle a été encourue, sont responsables solidai- « rement envers les tiers et les actionnaires du dom- « mage résultant de cette annulation. — La même res- « ponsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux « des associés dont les apports ou les avantages n'au- « raient pas été vérifiés et approuvés conformément à « l'article 24. »

Ce texte, tel que l'a modifié la loi du 1er août 1893, règle d'une façon générale la responsabilité des administrateurs et des fondateurs à raison de la nullité de la société ; c'est son interprétation qui va nous permettre de déterminer, d'une part, quelles sont les personnes responsables et, d'autre part, quelles sont celles au profit de qui existe cette responsabilité.

L'article 42 a été emprunté par le législateur de 1867 à la loi de 1863; c'est en effet la reproduction presque littérale de l'article 25 de cette loi, avec cette différence que l'article 25 de la loi de 1863 renfermait deux dispositions distinctes suivant que cette responsabilité était invoquée par les tiers ou par les actionnaires. Il est conçu, on le voit, en termes très compréhensifs et sa rédaction révèle que l'intention des législateurs a toujours été de lui donner la plus grande sphère d'application.

La responsabilité qu'il édicte n'en a pas moins un caractère exceptionnel qu'il convient de signaler.

Les fondateurs ou administrateurs auxquels la nullité est imputable sont *de plein droit* frappés d'une responsabilité solidaire, et le seul fait que la nullité est prononcée donne naissance à l'action en responsabilité. C'est, en réalité, une véritable présomption légale qu'a créée la loi de 1867 en matière de société anonyme, présomption qui dispense celui qui exerce l'action en responsabilité d'avoir à faire la preuve d'un dol ou d'une fraude (1). Il faut, et il suffit, que la société soit annulée, pour que l'article 42 reçoive son application. On voit aisément combien la source de cette responsabilité est

(1) Rousseau, *Manuel pr. de sociétés*, p. 215

différente de celles consacrées par le droit commun. La responsabilité a bien comme fondement juridique la faute qui sert de base à toute responsabilité ; mais lorsqu'il s'agit de la question plus spéciale de la nullité des sociétés anonymes, la loi renverse l'ordre des preuves. L'administrateur ou le fondateur ne peut pas garder la défensive et attendre la preuve de sa faute ou de son dol, la responsabilité se fixe *ipso jure* sur sa tête par cela seul que la nullité de la société est un fait juridiquement accompli. Cette nullité engendre une présomption de faute commise par les administrateurs ou les fondateurs, faute qui consiste dans la violation de l'une ou l'autre des règles constitutives de la société. C'est une présomption *juris et de jure* qui ne saurait être détruite par la preuve de la bonne foi de l'administrateur responsable ; elle constitue, en dernière analyse, le fondement rationnel de la responsabilité édictée par l'article 42 de la loi de 1867.

Si la théorie générale que nous venons d'esquisser et qui se dégage de l'étude de l'article 42 dispense de toute preuve objective les personnes en faveur desquelles ce texte a été écrit, il n'en ressort pas cependant qu'elles n'aient aucune justification à faire et que le rôle du juge, dépouillé de tout pouvoir d'appréciation, se ramène à une application pour ainsi dire automatique de ce texte. Non : la présomption légale qu'il comporte se limite rigoureusement à la faute des fondateurs ou des administrateurs. Il est bien entendu que le demandeur en responsabilité n'est point tenu d'articuler et de prouver un dol ou une fraude de leur part. Mais là s'arrête la présomption de la loi ; elle ne s'étend pas au préjudice causé dont la preuve, dans tous les

cas, doit toujours être rapportée. En d'autres termes, la loi présume que la nullité est due à une faute des fondateurs et des administrateurs, mais elle ne présume pas que cette faute est dommageable, et comme, d'une part, l'action en responsabilité est par essence une action en réparation d'un préjudice causé, comme, d'autre part, l'intérêt est la mesure des actions, il faut que le demandeur qui invoque l'article 42 prouve qu'il a éprouvé un dommage et que ce dommage provient de la nullité de la société ; qu'il y ait une relation de cause à effet entre la nullité et le préjudice[1].

En général, il sera facile de déterminer si la perte dont se prévaut un actionnaire ou un tiers est une conséquence directe de la nullité de la société. Il est pourtant une hypothèse assez fréquente où le discernement est plus délicat.

Supposons, par exemple, qu'en raison de la marche défectueuse des affaires sociales, une société tombe en faillite ou que l'assemblée générale des actionnaires provoque sa dissolution. Puis au cours des opérations de la faillite ou de la liquidation, un actionnaire ou un tiers demande et obtient la nullité de la société. Les tiers ou créanciers sociaux vont subir une perte puisqu'ils ne toucheront qu'un dividende, et les actionnaires en subiront également une si l'actif social est insuffisant pour combler le passif et permettre de faire aux actionnaires une répartition égale à leurs mises. Pourront-ils, les uns ou les autres, invoquer l'article 42 de la loi de 1867 et demander aux administrateurs et aux

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, II, n° 220 — Houpin, *op. cit.*, I, 573.

fondateurs réparation des pertes éprouvées par eux? Assurément non; car la nullité a, dans notre espèce, joué un rôle de pure forme ; elle est restée absolument indépendante de la faillite ou de la dissolution. Or, le préjudice ressenti par les actionnaires, par les tiers, est né de cette faillite, de cette dissolution, elles-mêmes provoquées par la ruine de l'entreprise, et non pas de la nullité qui n'a ni causé ni aggravé leurs pertes.

C'est le système qu'en pareil cas applique la jurisprudence, qui exige d'une façon impérieuse qu'il y ait entre le préjudice allégué et la nullité un lien direct de cause à effet (1).

Cette règle, adoptée par les arrêts les plus nombreux et les plus récents, se heurte cependant à une grave objection.

Les actionnaires, dans l'hypothèse que nous envisageons, subissent indiscutablement une perte, à moins, chose fort peu vraisemblable, qu'ils ne soient intégralement remboursés de leurs parts sociales. Il est également exact que la cause immédiate de ce préjudice est la faillite ou la dissolution de la société, puisque la nullité n'en a été prononcée que postérieurement et en cours de liquidation. Or, si ces actionnaires ont souscrit des actions, s'ils ont versé tout ou partie du montant de ces actions, ils ne l'ont fait assurément que sous la condition sous-entendue que la société était régulièrement constituée. Nul doute, en effet, qu'ils ne se fussent refusés à souscrire ou à verser, s'ils avaient su que la société était irrégulière et qu'elle ne remplis-

(1) Paris, 24 novembre 1887. D. P., 88, 1, 293. — Cass., 17 février 1896. D. P., 96, 1, 128. — Cass., 10 novembre 1897. D. P., 97, 1, 529. — Douai, 6 mars 1900. D. P., 1901, 2, 207.

sait pas les conditions de validité exigées par la loi. Lequel d'entre eux eût pu être assez téméraire pour engager ses capitaux dans une société irrégulière et toujours menacée par l'éventualité d'une déclaration de nullité ? La confiance des souscripteurs ne reposait pas uniquement, à l'origine, dans le mérite de l'entreprise et dans ses chances de succès ; elle était faite également de la certitude qu'ils avaient tous que les administrateurs, que les fondateurs avaient constitué une société valable et durable. Ils ont suivi, au moins en ce qui concerne la validité de la société, la foi des administrateurs et des fondateurs ; c'est pour l'avoir suivie que leurs capitaux sont maintenant perdus. Il est donc juste de dire que la perte éprouvée n'a pas seulement pour cause la faillite de la société, mais aussi la faute commise par les fondateurs et les premiers administrateurs ; faute qui consiste de leur part à avoir présenté au public, comme régulière, une société qui ne l'était pas ; à avoir violé les règles constitutives et, par là, provoqué la nullité.

Cette objection serait d'un grand poids, si elle n'avait le grave inconvénient de créer une responsabilité pour une faute purement hypothétique. N'oublions pas que la justification du préjudice ne bénéficie pas d'une présomption légale, pas plus que la preuve de son origine. Il ne suffit pas que la faute soit établie, il faut en outre qu'il soit démontré que cette faute est génératrice du dommage causé. Eh bien ! l'objection que nous venons d'examiner se réduit, en l'analysant, à une simple hypothèse. Comment peut-on dire que les actionnaires n'auraient pas souscrit, qu'ils n'auraient pas versé, s'ils avaient connu la nullité ? C'est là un élément

moral dont la détermination échappe à toute preuve d'ordre juridique.

L'hypothèse inverse est, à notre sens, infiniment plus vraisemblable. Une société fait des affaires prospères, elle donne à ses actionnaires des dividendes avantageux ; et pourtant elle renferme une cause de nullité que ces derniers n'ignorent pas. Assurément les actionnaires préféreront tirer de la société tous les avantages qu'elle peut leur donner, plutôt qu'exiger la restitution de leurs parts sous prétexte que la société renferme une nullité qui ne sera peut-être jamais invoquée. Ce n'est pas la régularité du pacte social qui, dans la réalité des choses, préoccupe les actionnaires, mais le rendement pécuniaire, la prospérité de l'affaire à laquelle ils sont intéressés ; c'est là ce qui détermine leur participation ou leur retraite.

On voit donc que cette objection résiste mal à un examen sévère ; elle repose tout entière sur une hypothèse, et encore cette hypothèse n'a-t-elle pas le mérite de la vraisemblance. Nous pensons, en conséquence, que les administrateurs ou les fondateurs devront être déchargés de toute responsabilité, lorsqu'il sera démontré que le préjudice allégué a une origine autre que la nullité elle-même. La théorie de la jurisprudence est la plus juridique et la plus équitable ; il faut qu'il y ait uue relation directe de cause à effet, entre la nullité et le préjudice.

Cette relation doit se prouver d'après les règles du droit commun ; tous les modes de preuve admis par le droit commercial sont admissibles. Pas de difficulté, par le fait, en ce qui concerne la justification du dommage éprouvé par les tiers ou par les actionnaires : pour ce

qui est de la nullité, les demandeurs en responsabilité l'établiront en produisant la décision judiciaire qui proclame cette nullité. Faut-il conclure de là que l'action en responsabilité fondée sur la nullité de la société n'est possible qu'au cas où cette société a été régulièrement déclarée nulle par la justice? En principe, oui; les responsabilités édictées par l'article 42 de la loi de 1867 trouvent leur raison d'être dans la violation des règles constitutives de la société; d'où la nécessité que la nullité soit prononcée à raison de la violation de ces règles [1]. La jurisprudence admet, cependant, que cette condition de la nullité judiciairement proclamée n'est pas nécessaire, lorsque la société a pris fin soit par une déconfiture, soit par une faillite. En ce cas, il faut et il suffit qu'il soit reconnu que la société était infestée d'une cause de nullité prévue et sanctionnée par la loi [2].

Si cette triple preuve n'est pas faite, preuve d'un préjudice, preuve de la nullité, preuve d'une relation de cause à effet entre l'une et l'autre, l'article 42 ne peut plus recevoir son application.

Cette théorie générale de la responsabilité causée par la nullité de la société étant exposée, voyons maintenant quelles sont les personnes contre lesquelles elle peut ou elle doit être prononcée.

Aux termes de l'article 42, la nullité de la société engage la responsabilité de trois catégories de personnes :

(1) Lyon, 9 février 1883. D. P., 83, 2, 115. — Paris, 22 avril 1884. D. P., 84, 2, 206.

(2) Lyon, 29 juin 1860. Sirey, 1860, 2, 366. — Cass., 11 mai 1870. Sirey, 1870, 1, 428. D. P., 1870, 1, 401.

1° Les fondateurs auxquels la nullité est imputable ;

2° Les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue ;

3° Ceux des associés dont les apports et avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'article 24.

Notons immédiatement une différence en faveur de cette dernière catégorie, différence qui se dégage de la simple lecture de l'article 42. Laresponsabilité des associés, provoquée par le défaut de vérification et d'approbation des apports, est facultative pour le juge. « La même responsabilité *peut*...., » dit la loi. Celle qui pèse sur les fondateurs et les administrateurs a, au contraire, un caractère impératif. Le législateur dit, en parlant d'eux : « *sont* responsables, » et l'opposition de ces deux expressions résulte assurément de son intention formelle. On doit en conclure que la présomption légale de faute, dressée par la loi contre les administrateurs et les fondateurs, ne s'applique nullement aux actionnaires apporteurs qui bénéficient de toutes les règles du droit commun.

Le groupe des fondateurs et des administrateurs est beaucoup plus sévèrement traité, et la rigueur dont le législateur a usé à leur égard se justifie par la gravité du rôle qu'ils ont joué et qu'ils ont librement assumé. Elle est également, croyons-nous, une conséquence logique de la suppression de la nécessité de l'autorisation préalable. Du moment que chacun peut à son gré fonder une société, c'est bien le moins que tous ceux à qui il plaît de devenir fondateurs la forment régulièrement. La disposition de l'article 42, quelle que soit sa rigueur, est, en même temps qu'une sanction indispen-

sable, une garantie préventive de l'observation des formalités constitutives de la société.

De ce que les administrateurs et les fondateurs sont l'objet d'une responsabilité commune, il ne faut pas conclure qu'ils doivent être complètement assimilés les uns aux autres. Nous verrons qu'il faut les distinguer et nous allons nous demander comment on reconnaît un fondateur, comment le discernement est possible entre un fondateur et un administrateur.

La loi de 1867 ne donnait pas la définition du fondateur; la pensée de ses auteurs se dégage cependant assez nettement des travaux préparatoires. « Personne, « dit M. Duvergier dans l'exposé des motifs, ne se mé« prendra sur les personnes que ce mot désigne. Une « société, surtout une société nombreuse, ne se forme « point sur le consentement spontané de tous ses mem« bres; l'idée première appartient toujours à une ou à « quelques personnes qui, après l'avoir mûrie, cher« chent à la propager. Elles sollicitent et obtiennent les « adhésions, elles fondent véritablement la société. Le « vœu de la loi est que les fondateurs soient associés. « Le premier titre ne peut convenir qu'à ceux qui ont « droit au second. Un individu qui, par ses soins, par« viendrait à déterminer un certain nombre de capita« listes, de commerçants ou d'industriels à former une « société à laquelle il resterait étranger, ne serait « qu'un intermédiaire; on ne pourrait lui donner le « titre de fondateur et considérer comme digne de con« fiance sa déclaration que le capital est souscrit en « entier et que le quart est versé (1). »

(1) Exposé des motifs du projet de loi de 1863, paragraphe 6.

C'est donc parmi les associés que l'on devra rechercher les fondateurs, et ces recherches devront s'inspirer bien moins du titre que tel associé a pris, que du rôle effectivement rempli par lui. La Cour de Paris l'a ainsi jugé dans une affaire où il s'agissait, il est vrai, de société à responsabilité limitée, régie par conséquent par la loi de 1863; mais comme, sur le point spécial que nous discutons, la loi de 1867 reproduit les dispositions de la loi de 1863, la doctrine de cet arrêt constitue une précieuse référence.

Il s'agissait, en l'espèce, de statuer sur l'action d'un syndic de faillite qui demandait à la Cour de reconnaître comme fondateurs, et comme tels responsables, certains associés qui, sans avoir jamais pris le titre de fondateurs, avaient, au cours de l'assemblée générale constitutive, participé à la vérification des souscriptions, du versement et des apports. La Cour de Paris repoussa cette prétention en indiquant les traits caractéristiques du fondateur.

« Attendu, dit l'arrêt (1), qu'ils n'ont pas été fonda-
« teurs de la société des Crédits généraux de Saint-
« Nazaire; qu'on ne doit considérer comme tels que
« ceux qui créent l'entreprise, dressent les statuts,
« réunissent les premières assemblées d'actionnaires et
« font appel aux capitaux; qu'ils n'ont jamais fait par-
« tie ni les uns ni les autres du conseil d'administra-
« tion; qu'on leur impute uniquement d'avoir, comme
« membres de l'assemblée générale du 14 février 1865,
« concouru à la constatation des souscriptions et des

(1) Paris, 28 mai 1869. D. P., 69, 2, 147. Cet arrêt fut cassé, mais sur d'autres points. Voir Cass., 27 janvier 1873. D. P., 73, 1, 331.

« versements qu'ils savaient être fictifs, et d'avoir coo-
« péré aux différents actes qui ont été la base de la
« création de la société ; mais que ces faits, en suppo-
« sant qu'ils fussent prouvés, seraient uniquement de
« nature à justifier une action en dommages-intérêts. »

C'est, en résumé, l'analyse des faits qui permet de distinguer un fondateur d'un autre associé ; analyse qui devra s'inspirer de cette idée que le fondateur est, par essence, celui qui crée la société, en confectionnant les statuts, en provoquant des souscriptions, en réunissant les actionnaires en assemblée générale. C'est à ces idées générales que la jurisprudenee se rattache en excluant toutefois l'opinion indirectement manifestée par l'exposé des motifs de la loi de 1863 : que le fondateur doit nécessairement être un actionnaire [1].

Après avoir ainsi isolé du groupe des personnes responsables une première catégorie d'individus, passons à celle qui nous intéresse plus spécialement et qui comprend les administrateurs de la société frappée de nullité.

Cette deuxième catégorie se scinde, dès qu'on l'envisage, en deux classes fort distinctes. Des administra-

(1) Percerou, *Des fondateurs de sociétés anonymes*, p. 10 et suiv. — Rousseau, *Manuel pratique*, p. 216. — Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. II, n° 793. — Houpin, *Traité*, t. I, n° 583. — Larue, *De la responsabilité des fond. et adm.*, p. 31. — Cons. Douai, 2 juillet 1879. J. S., 1889, p. 21. — Paris, 16 août 1879. J. S., 1880, p. 118. — Lyon, 9 février 1883. D. P., 1883, 2, 113. — Toulouse, 23 novembre 1883. R. S., 1883, p. 422. — Paris, 5 décembre 1881, et Cass , 10 février 1885. D. P., 85, 1, 355. — Req., 19 octobre 1886. D. P., 87, 1, 344. — Paris, 2 décembre 1886. R. S., 1887, p. 19. — Amiens, 24 décembre 1886. R. S., 1887, p. 305. — Cass., 10 janvier 1887. D. P., 89, 1, 68. — Toulouse, 23 mars 1887. D. P., 87, 2, 233. — Cass., 9 avril 1888. D. P., 89, 1, 245. — Orléans, 14 juin 1893. Sirey, 1895, 2, 161. — Cass., 19 juin 1893. D. P., 94, 1, 158. — Lyon, 14 juin 1895. Sirey, 96, 2, 213.

teurs, en effet, les uns tiennent leur mandat des statuts eux-mêmes ; les autres l'ont reçu d'une délibération de l'assemblée générale. Il est bien entendu que les uns et les autres sont des administrateurs originaires, ceux qui les premiers ont présidé à la naissance de la société et à son fonctionnement initial, et que l'assemblée qui leur a confié leur mandat est l'assemblée constitutive de la société. N'est-il pas logique, en présence d'une pareille distinction, de se demander si la nullité de la société aura pour les uns, comme pour les autres, des conséquences identiques ; si tous, sans qu'il y ait à discerner, seront assimilés aux fondateurs et subiront, à la lettre même, l'application de l'article 42 de la loi de 1867 ? N'est-il point plus rationnel d'admettre qu'à la différence d'origine de leurs pouvoirs doit correspondre une différence dans l'application de la responsabilité ?

Cette question, dont on ne saurait nier l'énorme intérêt pratique, a été l'objet des plus vives controverses. Si la jurisprudence est parvenue à se fixer dans un sens que nous allons exposer, en revanche, les dissentiments qu'a fait naître, dans la doctrine, l'application de la loi de 1867, n'ont pas encore cédé la place à une opinion unanime.

On peut ramener à trois systèmes principaux les théories émises à ce sujet.

Premier système.

Une première opinion, soutenue par MM. Mathieu et Bourguignat, Alauzet, Duvergier et Sourdat, admet que l'article 42 s'applique à deux ordres de faits complètement distincts : d'une part, la nullité de la société ; d'autre part, la nullité des actes et des délibéra-

tions ultérieures qui modifient les statuts. A chacune de ces deux classes l'article 42 applique une sanction différente, si bien qu'il établit non pas des responsabilités cumulatives atteignant à la fois les administrateurs et les fondateurs, mais, au contraire, des responsabilités respectives pesant sur les fondateurs pour la nullité de l'acte originaire, et sur les administrateurs pour la nullité des actes et délibérations ultérieures.

Ce système s'inspire, on le voit, d'une idée de justice distributive et cherche à rattacher la responsabilité de chacune des personnes visées par l'article 42 à la faute initiale qu'elle a commise ou laissé commettre

Les partisans de cette opinion se sont laissé visiblement séduire par un sentiment d'équité qui s'allie fort bien, nous devons le reconnaître, avec une explication rationnelle. Est-il juste, en effet, que les premiers administrateurs soient responsables de la nullité? Qu'ils soient nommés par les statuts ou par l'assemblée constitutive; les formalités substantielles et initiales d'où naît la société sont accomplies au moment où commence l'existence juridique de leur mandat. Il faut bien que la société existe pour qu'ils en reçoivent leurs pouvoirs, pour qu'ils deviennent ses mandataires. Si donc ces formalités constitutives sont infestées d'un vice, assurément ce vice ne résulte ni d'un fait positif, ni d'une omission, ni d'une négligence de leur part. Seuls les fondateurs peuvent en être les auteurs, seuls ils doivent en assumer la responsabilité.

Il serait étrange, du reste, que la pensée du législateur eût été d'envelopper dans une même responsabilité solidaire deux groupes distincts de personnes, dont les fonctions ne s'exercent point simultanément.

La mission des fondateurs ne cesse qu'au moment où l'assemblée générale a nommé les administrateurs et, comme le dit fort exactement M. Alauzet (1), « le rôle des administrateurs a commencé à l'instant où celui des fondateurs s'est trouvé accompli. » Si la société est nulle parce que le contrat originaire a violé les dispositions fondamentales de la loi, c'est aux fondateurs qu'il convient d'en demander raison et non pas aux administrateurs, qui ne pouvaient ni le prévoir ni l'empêcher.

Cette opinion trouve, au surplus, un argument sérieux dans le texte de l'article 24, qui charge la première assemblée générale de vérifier la sincérité de la déclaration notariée que les fondateurs sont tenus de faire, relativement à la souscription intégrale du capital social et au versement du quart C'est l'assemblée des actionnaires, et non pas le conseil d'administration, qui doit vérifier l'accomplissement des formalités constitutives. Si le législateur avait pensé autrement, il n'aurait pas négligé de le dire, et il n'est pas permis d'induire de son silence que les administrateurs ont à cet égard les mêmes devoirs que le conseil de surveillance des sociétés en commandite. Il est donc logique de conclure que les administrateurs ne sont point responsables d'une nullité du contrat social originaire, nullité qui est encourue à un moment où seuls les fondateurs exerçaient les fonctions librement assumées par eux, nullité dont ils doivent seuls aussi supporter les conséquences.

(1) Lescœur, *Essai historique et critique sur la législation des sociétés commerciales*, n° 303. — Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, I, n° 556.

Les administrateurs répondront seulement, et cela par application du même raisonnement, des actes et des délibérations postérieures ; car la nullité qui en sera prononcée aura pris naissance à un moment où les fondateurs n'existaient plus et où seuls les administrateurs veillaient à la marche régulière des affaires sociales.

Le système que nous venons d'examiner se heurte à une grave objection. Il applique l'article 42 de la loi de 1867 d'une façon fort restrictive, si bien que l'interprétation est en complet désaccord avec le texte même de la loi. L'article 42 dit, en réalité : « Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée *aux termes de l'article précédent....* » Or, voyons l'article 41, et nous apercevons qu'il ne vise exclusivement que la nullité résultant d'un vice de constitution. Si donc on admet avec MM. Mathieu et Bourguignat, avec M. Alauzet, que les premiers administrateurs ne sont jamais responsables de la nullité du contrat social originaire, on est bien obligé d'admettre aussi qu'ils échappent complètement à la disposition de l'article 42, sauf pour le cas seulement où la nullité résulte du défaut de publication de l'acte de société. Cette théorie est, par conséquent, en opposition directe avec la lettre du texte qu'elle interprète.

La réponse des défenseurs de ce système à l'objection que nous venons de formuler est très simple : l'article 42 renferme une erreur de rédaction, et cette erreur consiste simplement dans la référence à l'article 41, relativement aux « actes et délibérations. » Voici d'ailleurs comment cette inexactitude est expliquée par MM. Mathieu et Bourguignat ; leur opinion est d'autant

plus intéressante que M. Mathieu était rapporteur de la loi.

« L'article 37 du projet, disent ces auteurs (1), devenu ultérieurement l'article 41 de la loi, ne s'occupait pas seulement de la nullité de la société, soit pour infractions commises dans la constitution, soit pour omission dans la publicité des délibérations et actes constitutifs; il prévoyait même la nullité qui, sans atteindre la société alors constituée, serait venue frapper les actes et délibérations modificatifs de ses statuts ou de sa durée, à défaut de la publicité donnée à ces actes et délibérations.

« Mais le projet de loi, par suite de résolutions adoptées au sein de la commission, a pris une tout autre extension que celle qui avait été primitivement prévue. Ce n'est pas seulement le système de publicité relatif aux commandites par actions ou aux sociétés anonymes que la commission a voulu régler, c'est un système général applicable à toute société quelconque. Alors, et cela est constaté au rapport, la commission et le conseil d'État se sont accordés pour reporter à un titre spécial, au titre IV ci-après, le paragraphe de l'article 41 en projet, qui déterminait les suites « du défaut de publication » des délibérations et des actes relatifs aux sociétés anonymes, notamment de ceux qui, après qu'elles ont été constituées, viendraient à les modifier.

« La conséquence naturelle de ce renvoi était donc la suppression, dans notre article 42, des mots qui y concernent la nullité de ces actes et de ces délibérations. Ils n'en ont pas disparu, ils y ont été oubliés. Il est

(1) Mathieu et Bourguignat, n° 242.

arrivé ici ce que l'on voit parfois dans les lois les mieux ordonnées, où, lorsque le texte en a été remanié à plusieurs reprises, il peut se glisser de légères inexactitudes.

« Au surplus, les mots qui nous occupent ici, bien qu'ils ne se réfèrent pas en réalité à l'article précédent, c'est-à-dire à l'article 41, mais plutôt à l'article 61 ci-après, n'en ont pas moins une véritable valeur législative. Seulement, ils appellent certaines distinctions dans la manière dont il faut appliquer la responsabilité édictée par la disposition où ils se trouvent compris. »

Cet argument de texte, en dépit de l'incontestable autorité qui s'attache aux noms de ceux qui l'ont proposé, présente le grave inconvénient de rendre plus sensible encore l'antinomie qui existe entre la lettre même de la loi et l'interprétation qu'on en donne. On admettra difficilement qu'en alléguant une erreur du législateur, il soit permis aux commentateurs et aux tribunaux de modifier, dans de larges mesures, l'expression de sa volonté. Le soin de réparer ces erreurs appartient à l'autorité législative seule, et ce serait méconnaître les règles fondamentales du droit que d'autoriser l'interprète à faire de pareilles rectifications.

Mais il y a plus : l'étude des travaux préparatoires de la loi de 1867 conduit à une opinion nettement opposée à celle de MM. Mathieu et Bourguignat et de M. Alauzet. Leur argument historique se brise, à notre sens, contre l'analyse de l'évolution législative qui a amené la loi de 1867; car, en admettant même, ce qui n'est point contestable, que les mots « actes et délibérations » aient été omis dans le texte de l'article 42 et qu'ils

doivent en être supprimés, il ne s'ensuit pas pour autant que les administrateurs ne soient jamais, sauf le cas de défaut de publicité, responsables de la nullité de la société.

Il faut remonter, pour déterminer exactement la pensée du législateur, aux travaux préparatoires de la loi du 23 mai 1883. Le projet de loi ne laissait place alors à aucune équivoque et s'exprimait très clairement en ce qui concerne les administrateurs :

Art. 11. « Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société à responsabilité limitée constituée contrairement aux dispositions des articles 3, 4, 5, 6, 7 et 8. Cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés. »

Art. 12. « Lorsque la société est annulée aux termes de l'article précédent, les administrateurs sont responsables solidairement. »

Le projet était donc formel et la clarté de cette disposition révélait l'intention très nette de ses auteurs et les motifs qui les avaient guidés « En entrant en fonctions, disait, en parlant des administrateurs, M. Duvergier, auteur de l'exposé des motifs [1], leur premier soin doit être de vérifier si les dispositions des articles 3, 4, 5, 6, 7 et 8 ont été observées. Ils doivent ensuite remplir les formalités de publication, conformément aux articles 9 et 10. Ce sont des devoirs dont l'accomplissement est facile, et par conséquent l'inexécution n'est point excusable. Si ceux qui acceptent les fonctions d'administrateurs ne les remplissent pas ou les remplissent mal, s'ils compromettent par là les intérêts des

(1) Carette, *Lois annotées*, 1863, p. 78.

tiers et ceux des associés, il est juste qu'ils réparent le préjudice qu'a causé leur négligence. » En d'autres termes, si les administrateurs sont responsables, ce n'est point parce qu'ils sont les auteurs directs d'une infraction, mais parce qu'ils ont accepté de gérer une société infestée d'un vice de constitution.

Lorsque ce projet de loi fut discuté, on pensa que les fondateurs ne pouvaient bénéficier d'une mesure de faveur et qu'il était juste que la nullité entraînât pour eux aussi une responsabilité civile. Les articles 11 et 12 furent donc modifiés et devinrent les articles 23 et 25 de la loi, ainsi conçus :

Art. 24. « Est nulle et de nul effet, à l'égard des intéressés, toute société à responsabilité limitée pour laquelle n'ont pas été observées les dispositions des articles 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8 et 9. — Sont également nuls les actes et délibérations désignés dans l'article 10, s'ils n'ont point été disposés et publiés dans les formes prescrites par les articles 8 et 9. — Cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés. »

Art. 25. « Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'article 24 ci-dessus, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, sont responsables, etc.... »

Ces deux articles passèrent dans la loi de 1867, l'article 24 devint l'article 41 et l'article 25, l'article 42 de cette loi. On enleva de l'article 41 tout ce qui était relatif à la publicité de la société, mais on adopta l'article 42 sans aucun changement. Il en résulta que les mots « actes et délibérations » étaient désormais sans

objet puisque l'article 41 ne parlait plus de la publication des actes et délibérations.

Cette omission n'empêche pas que la loi de 1867 s'est inspirée, en ce qui touche les administrateurs, de la pensée qui avait présidé aux travaux législatifs de 1863. Il suffira, pour s'en rendre compte, de se reporter au rapport de la commission; et cette référence a un intérêt d'autant plus piquant, que son auteur était M. Mathieu, dont nous combattons ici l'opinion. « L'article 41, dit le rapport, conforme en cela aux principes du Code de commerce, détermine les conséquences des infractions relatives, *soit à la constitution de la société en elle-même, soit aux actes et délibérations qui s'y rattachent;* nullité à l'égard des intéressés, inopposable aux tiers par les associés. Telle est la règle conforme à la tradition, à la raison et à la morale, que reproduit l'article 41. — Après avoir prononcé la *nullité de la société ou des actes et délibérations qui touchent à cette constitution même,* il fallait dire qui en serait responsable et dans quelle mesure....

« L'article 42 impose la responsabilité de la nullité qu'il prononce aux fondateurs auxquels elle est imputable et aux administrateurs en fonctions au moment où elle est encourue; les uns, parce qu'elle est leur œuvre personnelle et directe, *les autres, parce que pouvant l'empêcher ils l'ont laissé commettre,* et par une conséquence légitime de cette faute commune, il prononce la solidarité contre tous envers les tiers, qui peuvent en avoir souffert, sans préjudice du droit des actionnaires. »

Il semble difficile, en présence des termes de ce rapport, d'admettre que le législateur de 1867 s'est pro-

posé d'exclure les administrateurs de la responsabilité édictée au cas de nullité du pacte social, et si l'ouvrage de MM. Mathieu et Bourguignat a adopté cette opinion, il est plus difficile encore de s'expliquer la contradiction flagrante que nous relevons entre la thèse soutenue dans cet ouvrage et celle développée dans le rapport.

En réalité, la pensée continue de l'autorité législative a été que l'administrateur doit répondre des vices initiaux de la société, car il commet une imprudence en assumant la gestion d'une société dont la validité est compromise. On le voit, le système que nous venons d'exposer avec ses arguments et les critiques qu'il soulève, se heurte à la fois au texte même de la loi et à l'intention manifeste de ses rédacteurs. C'est là ce qui explique que la majorité des auteurs et la jurisprudence tout entière se soient rangés au système radicalement opposé : celui de la responsabilité générale et absolue des administrateurs.

Deuxième système.

Tous les administrateurs sont responsables au même titre que les fondateurs, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les administrateurs statutaires et les administrateurs élus par l'assemblée générale constitutive. C'est bien là le sens qui se dégage, *a priori*, de la lecture de l'article 42 [1].

Et en effet, la nullité du contrat social originaire est également imputable aux uns et aux autres. Point de doute d'abord en ce qui concerne le défaut de publicité

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, n° 794. — Boistel, *op. cit.*, n°s 286 et 315. — Bédarride, *op. cit.*, n°s 479 et suiv. — Houpin, *op. cit.*, I, n° 584. — D., *Supp.*, v° Sociétés, n° 1388.

de la société, les premiers administrateurs, statutaires ou non, supporteront, à l'exclusion des fondateurs, les conséquences de la nullité qu'aura provoquée cette omission. Quant aux autres causes de nullité, celles que vise l'article 41 et pour lesquelles le premier système exonère les administrateurs de toute espèce de responsabilité, nous allons voir que la réfutation de cette théorie se fortifie d'arguments puissants.

Le texte de l'article 42 n'apprécie point d'une façon identique la source de la responsabilité des fondateurs et celle des administrateurs. Les premiers ne sont responsables qu'autant que la nullité « leur est imputable » : c'est-à-dire que, parmi les fondateurs, il y aura lieu de discerner et de ne frapper que ceux dont la faute ou la négligence a effectivement fait naître la nullité. Pour les administrateurs au contraire, le législateur n'a point subordonné à la preuve de l'imputabilité de la nullité l'application d'une responsabilité civile et il a dit très clairement qu'ils sont solidairement responsables par cela seulement qu'ils étaient en fonctions au moment où la nullité a été encourue.

On objecte alors que les administrateurs vont répondre d'une faute qu'ils n'ont pas commise et que seuls les fondateurs devraient réparer. Cela serait vrai s'il fallait que la nullité soit imputable aux administrateurs ; on ne saurait en ce cas les frapper et appliquer une sanction civile à un quasi-délit qui n'existe pas. Mais, nous le répétons, il n'est pas nécessaire que la nullité leur soit imputable ; leur responsabilité est engagée parce qu'ils n'ont pas vérifié la constitution de la société, au moment où ils ont accepté leurs fonctions, et qu'ils ont consacré ainsi l'irrégularité de la société.

Au surplus, il est aisé de démontrer qu'ils ont le devoir de vérifier si les formalités constitutives ont été régulièrement observées; et cela, malgré que la loi ait expressément confié ce soin à l'assemblée générale des actionnaires (art. 24), répudiant pour les administrateurs des sociétés anonymes le système qu'elle avait appliqué au conseil de surveillance des sociétés en commandite. Personne ne contestera, d'abord, que la vérification opérée par l'assemblée générale ne donne, en pratique, que des résultats suspects et n'offre qu'une très médiocre garantie. Elle est d'autant moins efficace, que son inobservation est dépourvue de toute espèce de sanction. Assurément, l'intention du législateur n'a pas été de limiter à cette prescription sans portée effective le contrôle de la validité des sociétés.

Nous avons dit plus haut quelle avait été la volonté très explicite des auteurs de la loi de 1863 et nous avons vu que l'article 25 de cette loi était rédigé dans la pensée de sanctionner le défaut de vérification de la part des administrateurs. Or, non seulement rien n'indique que le législateur de 1867 ait différé de ses devanciers sur ce point spécial, mais le rapport a écrit « que les administrateurs sont tenus de la nullité, parce que, pouvant l'empêcher, ils l'ont laissé commettre. »

La règle pratique est facile à déduire; les administrateurs ne devront accepter les fonctions qui leur sont offertes qu'après avoir minutieusement contrôlé la régularité de la société, sinon ils prennent, à leurs risques et périls, au regard des associés et des tiers, la responsabilité de sa validité.

On objecte enfin que l'article 42 ne punit que les administrateurs en fonctions au moment où la nullité

a été encourue; qu'ainsi les premiers administrateurs ne peuvent pas être en fonctions quand la nullité originaire est encourue, puisque leurs fonctions ne commencent qu'au moment où la constitution de la société est terminée et que cette constitution n'est parfaite que par l'acceptation qu'ils donnent de leur mandat. L'objection est spécieuse et conduirait à dire, comme le fait observer M. Larue [1], qu'il ne peut jamais y avoir de société nulle, car pour être nulle il faut qu'une société soit constituée, et elle ne le serait jamais, puisque l'inobservation d'une formalité essentielle empêcherait cette constitution. La réponse est plus simple et plus logique tout à la fois; elle se trouve fort clairement exprimée dans un arrêt de la Cour de Paris du 28 mai 1869 [2], dont on peut ainsi traduire la pensée : pour qu'une société soit déclarée nulle, il faut qu'elle existe, et la nullité ne peut être encourue que du jour où la société a commencé d'exister; or, elle n'est réellement constituée qu'au moment où les administrateurs acceptent leurs fonctions, donc c'est à cet instant que la nullité est encourue et, par conséquent, elle est vraiment encourue au moment où les premiers administrateurs sont en fonctions : « Considérant, dit la Cour de Paris...., que la nullité d'une société à responsabilité limitée, prononcée pour inobservation des formalités prescrites pour sa constitution, entraîne, d'après l'article 25 de la loi du 23 mai 1863, la responsabilité des fondateurs auxquels cette nullité est imputable et des administrateurs en fonctions au moment où elle a été

(1) Larue, *op. cit.*, n° 55.
(2) D. P., 1869, 2, 145, et note de M. G. Griolet.

encourue ; — que la nullité résultant du défaut de versement du quart du capital avant la constitution de la société est incontestablement imputable aux fondateurs, puisque c'est à eux que la loi impose l'obligation de faire constater ce versement ; — que les premiers administrateurs nommés par l'assemblée générale sont également responsables de cette nullité ; — qu'ils opposent vainement qu'ils ne sauraient en être tenus, par la raison que leur nomination est le dernier acte par lequel se constitue la société ; — qu'ils ne sont pas chargés de vérifier la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs ; — que ce soin est réservé à l'assemblée générale ; — que leur mission ne commence précisément qu'au moment où finit celle des fondateurs ; — que ce système est en contradiction avec le texte même de l'article 25, qui établit cumulativement la responsabilité solidaire des fondateurs et des administrateurs ; — que pour savoir si ces derniers sont responsables, il faut, d'ailleurs, uniquement constater s'ils sont en fonctions au moment où la nullité est encourue ; — que ce moment n'est pas celui où intervient la déclaration du versement du capital faite par les fondateurs, mais celui auquel la société est constituée ; — que ce n'est pas, en effet, la nullité de déclaration de versement, mais la nullité de la société qui est prononcée par la loi ; — que si le germe de cette nullité se trouve dans la déclaration inexacte des fondateurs, la cause déterminante est la constitution de la société avant le versement du quart du capital ; — que la société ne peut pas être annulée avant d'avoir été constituée, et qu'aux termes de l'article 6 de la loi du 23 mai 1863, elle n'est constituée qu'après l'acceptation par

les administrateurs des fonctions qui leur sont confiées, etc.... »

Il faut donc reconnaître, à notre avis, que ce second système, s'il est le plus rigoureux, est celui qui se concilie le mieux avec la lettre de l'article 42 et la pensée manifeste du législateur. Il résiste aisément aux objections qu'on a formulées contre lui et que nous venons d'examiner. Il est dur, sans doute, de faire peser les conséquences de la nullité d'une société sur tous les premiers administrateurs, et cela alors même qu'ils ne sont coupables d'aucun fait positif, mais d'une simple attitude passive ; on n'oubliera cependant pas que cette rigueur est la garantie même que la loi a voulu donner à des intérêts qu'il est difficile de séparer de l'ordre public.

Depuis la loi de 1863 et depuis celle de 1867, la jurisprudence française s'est constamment orientée dans ce sens, et c'est à ce système qu'elle est aujourd'hui définitivement fixée (1).

Troisième système.

Entre les deux théories extrêmes et diamétralement

(1) Paris, 28 mai 1869. D. P., 1869, 2, 145. — Cass., 27 janvier 1873, Sirey, 73, 1, 163. D. P., 73, 1, 331. — Cass., 13 mars 1876. Sirey, 76. 1, 361. D. P., 77, 1, 49. — Orléans, 9 mai 1876. D. P., 78, 1, 6. — Cass., 16 janvier 1878. D. P., 79, 1, 209. — Lyon, 9 février 1883. D. P., 83, 2, 113. J. S., 1884, 180. — Grenoble, 6 mai 1883, J. S., 1884, 129. — Toulouse, 28 novembre 1883. R. S , 1884, 422. — Paris, 27 décembre 1883. J. S., 1885, 22. — Lyon, 14 août 1885. J. S., 1886, 471. — Seine, 18 janvier 1886. J. S., 1886, 741. — Poitiers, 26 juillet 1886. J. S., 1890, 291. D. P., 89, 1, 245. — Cass., 19 octobre et 8 novembre 1886. R. S., 1887, 10, et note Labbé. Sirey, 88, 1, 263. D. P., 87, 1, 9 et 344. — Paris, 28 octobre 1887. J. S., 1889, 387. — Paris, 5 décembre 1887. J. S., 1888, 352. D. P., 89, 2, 185. — Paris, 17 juillet 1888. R. S., 1888, 486. — Cass. 19 juillet 1888. D. P., 89, 1, 345. — Paris, 5 juillet 1889. J. S , 1889, 513. — Paris, 8 août 1889. R. S., 1889, 582. — Cass., 9 juin 1891. J. S. 1891, 501.

opposées que nous venons d'analyser, se place une opinion intermédiaire défendue par MM. Pont et Vavasseur [1].

Il faut distinguer, disent-ils, l'administrateur statutaire de l'administrateur nommé par l'assemblée constitutive. La première catégorie est celle que vise l'article 42 de la loi de 1867, à l'exclusion de la seconde, de telle sorte que les administrateurs élus par l'assemblée constitutive n'encourent aucune responsabilité à raison de la nullité de la société prononcée par application de l'article 41.

Cette distinction se justifie-t-elle? « A l'égard des premiers (administrateurs statutaires), écrit M. Vavasseur, le principe de leur responsabilité dérive de la même source que celui de la responsabilité qui pèse sur les membres du conseil de surveillance dans la commandite, c'est-à-dire de l'obligation de vérifier si toutes les conditions prescrites par la loi pour la validité de la société ont été observées par les fondateurs.... Quant aux administrateurs élus par l'assemblée générale, ils ne sont pas responsables de la nullité, puisqu'elle dérive de faits antérieurs à la nomination. »

On admettra difficilement que ces deux arguments soient de nature à justifier une distinction, tout artificielle, que rien, dans le texte de la loi, n'autorise à établir.

Le premier argument invoqué par M. Vavasseur peut être ainsi formulé : la responsabilité de l'administrateur statutaire naît de l'obligation qui lui est tacitement imposée par la loi de vérifier si les fondateurs ont

(1) Pont, *op. cit.*, nos 1293 et suiv. — Vavasseur, *op. cit.*, t. II, no 834.

régulièrement accompli les formalités constitutives, obligation qui lui est commune avec les membres du conseil de surveillance de la commandite. Voilà qui est assurément parfait ; nous avons démontré l'existence de cette obligation implicitement imposée par la loi et nous nous sommes efforcé de le faire à la lumière de l'intention manifeste de ses rédacteurs. Mais quel texte, quel passage des travaux préparatoires peut autoriser à conclure que cette obligation n'incombe pas également à l'administrateur nommé par l'assemblée constitutive? Les documents législatifs n'obligent nulle part les administrateurs à vérifier, cela est bien entendu ; il est également certain que ce silence ne les dispense point de le faire, mais de quel droit peut-on suppléer à ce silence en ce qui concerne les administrateurs statutaires et ne pas en faire autant en ce qui concerne les autres? Si l'on assimile, sur ce point, l'administrateur de la société anonyme aux membres du conseil de surveillance de la société en commandite, pourquoi n'assimiler que l'administrateur statutaire seul?

Les raisons qui déterminent à penser que l'obligation de vérifier, imposée par l'article 12 à la première assemblée des actionnaires, ne dispensent pas les administrateurs originaires de contrôler l'accomplissement des formalités constitutives, sont, à notre sens, communes à tous les administrateurs originaires, statutaires ou non. On ne comprendrait pas pourquoi ceux qui ont été élus par les actionnaires jouiraient à cet égard d'une immunité d'autant plus choquante qu'ils doivent à la confiance qui leur est témoignée une sollicitude et une vigilance plus grande. Ils sont tenus de gérer une société et, avant tout, d'assurer son existence juridique,

ils doivent donc, comme ceux désignés par les statuts, vérifier si la société est régulièrement constituée.

Le second argument invoqué en faveur de la distinction proposée ne nous paraît pas être d'un grand poids ; il se résume dans cette idée que les administrateurs nommés par l'assemblée générale ne sont pas responsables de la nullité, puisqu'elle dérive de faits antérieurs à leur nomination. Si cela est, si un administrateur ne doit pas subir les conséquences d'une nullité dérivant d'un fait antérieur à sa nomination, il faut admettre, par voie de conséquence, qu'il y a lieu d'exonérer également l'administrateur statutaire. Pour lui aussi, la nullité dérive de faits antérieurs à sa nomination quand elle est prononcée en vertu de l'article 41, puisque les statuts ne font que le désigner et qu'il n'est nommé réellement qu'après son acceptation.

Mais, en réalité, nous retrouvons ici la confusion que nous avons déjà signalée entre la responsabilité du fondateur à qui la nullité est *imputable* et celle de l'administrateur qui est en fonctions au moment où *elle est encourue*. Or la nullité n'est encourue, nous l'avons dit, qu'après l'acceptation par les administrateurs du mandat qui leur est offert soit par les statuts, soit par l'assemblée, puisque c'est à partir de ce moment que la société est constituée. Et l'on démontrera en vain que la nullité n'est pas le fait de l'administrateur élu par l'assemblée, qu'elle est antérieure à sa nomination ; en quoi cela importe-t-il, puisqu'il n'est pas nécessaire qu'elle lui soit imputable?

Les raisons invoquées à l'appui du système de MM. Vavasseur et Paul Pont ne nous paraissent pas suffisantes pour justifier, dans l'application de la res-

ponsabilité civile, une différence de traitement entre les administrateurs. La jurisprudence, sauf de très rares exceptions (1), a rejeté cette théorie.

Jusqu'ici, dans l'exposé de la controverse qui précède, nous nous sommes exclusivement occupé des premiers administrateurs de la société frappée de nullité. Le moment est venu de nous demander quelles conséquences peut avoir cette nullité à l'égard des administrateurs nommés postérieurement à la constitution irrégulière de la société, à ceux qui ont été élus par des assemblées d'actionnaires autres que la première réunion constitutive.

En principe, ils n'encourent aucune responsabilité à raison de la nullité de la société ; les vices qui l'ont provoquée n'atteignent que les administrateurs originaires. Le texte de l'article 42 ne permet pas, en effet, de douter que son application se limite rigoureusement à eux ; seuls, ils peuvent être en fonctions au moment où la nullité est encourue. Il importe, en outre, de ne pas oublier que la responsabilité édictée par l'article 42, étant une responsabilité exceptionnelle, dérogatoire au droit commun, doit recevoir une application restrictive. Si les administrateurs nommés postérieurement à la constitution de la société ne sont pas frappés de la responsabilité créée par l'article 42, ils ne le sont pas davantage par celle qu'établit l'article 44, ce texte ne visant que les fautes de gestion et que les infractions à la loi de 1867, autres que celles déjà réprimées par l'article 41. La nullité originaire du pacte social ne peut être un acte

(1) Montpellier, 5 février 1880. J. S., 1880, p. 193.

de gestion, sauf au seul cas de défaut de publication ; il en résulte bien que les administrateurs postérieurement nommés ne répondent pas de la nullité (1).

Le fait d'avoir connu le vice initial ne change rien ; car il ne peut avoir pour conséquence d'étendre une responsabilité exorbitante à des personnes pour lesquelles elle n'a pas été créée. Ces administrateurs n'étant responsables que dans les termes du droit commun, il s'ensuit qu'à moins d'une faute de gestion, ils n'ont pas à répondre d'une nullité provoquée et encourue à une époque où leur mandat n'existait pas, et ce n'est pas, en règle générale, une faute de gestion que d'avoir connu un vice dont il appartenait aux premiers administrateurs de purger la société. Dès l'instant que les administrateurs nommés après la constitution de la société sont soumis à la seule responsabilité de l'article 44, c'est-à dire du droit commun, ils n'ont à répondre que des actes dont ils sont les auteurs propres ou des concerts frauduleux qu'ils ont pu entretenir avec les auteurs de la nullité. Il y a là de véritables fautes de gestion, une réelle atteinte à la loyale exécution due à leur mandat (2).

(1) Paris, 27 octobre 1883. D. P., 85, 2, 222. — Paris, 14 avril 1892. D. P.. 92, 2, 347.

(2) Paris, 5 décembre 1887. D. P., 89, 2, 185. — Paris, 8 janvier 1886. D. P., 86, 2, 216.

SECTION II

Caractères de la responsabilité

La responsabilité dont la loi de 1867 frappe les administrateurs en raison de la nullité de la société présente trois caractères fort distinctifs ; elle est à la fois perpétuelle, obligatoire et solidaire.

1° Nous disons d'abord que c'est une responsabilité *perpétuelle* (1). Le sens de l'article 42 ne permet pas qu'il en soit autrement, car il ne limite son application à aucune période déterminée. Or le titre de fondateur est absolument indélébile ; ceux qui ont fondé la société restent indéfiniment ses fondateurs, quel que soit le rôle qu'ils aient postérieurement joué vis-à-vis d'elle, alors même qu'ils lui seraient demeurés depuis complètement étrangers. « Attendu, dit la Cour de cassation (2), qu'Alphonse Cézard était fondateur de la société du commerce de France ; que la responsabilité qu'il a encourue en cette qualité est nécessairement perpétuelle comme le titre auquel elle est attachée. » Nous avons vu, d'autre part, que l'on devait assimiler complètement l'administrateur au fondateur, au point de vue de la responsabilité de la nullité. Il s'ensuit

(1) Il ne faut pas confondre ici la responsabilité avec l'action en responsabilité : si la première subsiste malgré les changements survenus dans la personne des administrateurs, la seconde au contraire est temporaire et peut être éteinte soit par un quitus, soit par l'effet de la prescription. La responsabilité subsiste alors comme un lien de droit entre l'administrateur fautif et la victime du préjudice, mais elle est dépourvue de sa sanction.

(2) Cass., 14 novembre 1876. D. P., 78, 1, 6.

qu'elle doit être perpétuelle pour tous. On comprendrait mal, en effet, que la qualité de fondateur reste indéfiniment attachée au nom de celui qui l'a revêtue et qu'il n'en soit pas de même en ce qui concerne les administrateurs originaires. Pour ceux-ci, les raisons de décider sont même plus décisives. L'administrateur, en effet, n'a qu'un mandat temporaire; il peut être révoqué, il peut démissionner, il peut n'être point réélu; que serait, dans ces conditions, une responsabilité qui disparaîtrait avec le titre qui l'a fait naître? Il suffirait alors à un administrateur de démissionner, pour se soustraire aux conséquences de la nullité encourue à l'époque où il était en fonctions. Ce serait rendre illusoire la protection instituée par l'article 42 de la loi de 1867.

Il y a lieu de conclure que la date à laquelle la nullité est proclamée, ou la société est annulée, importe peu; on recherchera toujours quels étaient, au moment où elle a été encourue, les administrateurs originaires, et, quel que soit le sort de chacun d'eux depuis la fondation de la société, eût-il même perdu la qualité d'associé, on lui appliquera la responsabilité édictée contre lui. La perpétuité de cette responsabilité est, on le voit, la condition indispensable de son efficacité [1].

Il importe, au reste, de ne pas confondre la responsabilité elle-même avec l'action en responsabilité qui est soumise à une prescription spéciale que nous examinerons plus tard. Cette prescription ne s'applique qu'à l'action seule et laisse absolument intact le caractère perpétuel de la responsabilité.

(1) Cass., 27 janvier 1873. D. P., 73, 1, 331.

2° La responsabilité qui incombe aux administrateurs à raison de la nullité est *obligatoire* pour le juge. Cela ressort, à l'évidence, des termes de l'article 42 et de leur comparaison avec ceux de l'article 8. Dans ce dernier article, relatif aux sociétés en commandite et aux responsabilités qui peuvent être engagées par leur nullité, le législateur dit : « Lorsque la société est annulée, aux termes de l'article précédent, les membres du premier conseil de surveillance *peuvent* être déclarés responsables.... » Au contraire, quand il s'agit de sociétés anonymes, l'article 42 emploie une formule impérative : « .... les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, *sont* responsables.... » L'opposition des termes employés manifeste clairement la volonté du législateur qui a institué, d'une part, une responsabilité facultative et, d'autre part, une responsabilité impérative.

Il suffit donc que la nullité de la société soit prononcée aux termes de l'article 41, pour que le juge soit obligé d'appliquer l'article 42 et de déclarer responsables les premiers administrateurs. Le pouvoir d'appréciation du juge est réduit à la détermination du préjudice, son rôle se ramenant à une simple constatation d'un fait accompli (1).

Cette différence de traitement entre les membres du conseil de surveillance et les membres du conseil d'administration se justifie difficilement. Elle est née, croyons-nous, d'une idée de sécurité et d'un désir de

(1) Houpin, I, n° 593. — Vavasseur, II, n°s 835 et 671. — Alauzet, n° 201. — Bédarride, n° 98. — Dalloz, *Rép.*, v° Société, n° 1238.

protection ; dans la société en commandite par actions, les fondateurs restent représentés par un gérant qui demeure chargé de diriger la société sous sa responsabilité propre ; au contraire, dans la société anonyme, ce sont les administrateurs qui remplacent les fondateurs et tiennent lieu de gérant ; d'où la nécessité de donner aux actionnaires des sociétés anonymes une garantie sérieuse, en instituant contre les administrateurs une responsabilité obligatoire.

L'argument est médiocre et résiste mal à un examen sérieux ; qu'il suffise ici de dire que rien ne permet d'établir une assimilation, à ce point de vue, entre le gérant de la commandite et le conseil d'administration. Si ce dernier doit être l'objet d'une comparaison, c'est assurément avec le conseil de surveillance qu'il faut la proposer. Or, l'un et l'autre sont précisément chargés de vérifier si les fondateurs, si le gérant, ont accompli régulièrement les formalités constitutives. Si, au regard de la constitution de la société, leurs rôles respectifs sont identiques, pourquoi donc, à raison des vices de cette même constitution, traiter les membres du conseil de surveillance avec moins de rigueur que ceux du conseil d'administration ? Cette inégalité est d'autant moins explicable que l'obligation de vérifier est imposée au conseil de surveillance par une disposition expresse (art. 65 de la loi), tandis qu'elle découle pour les administrateurs de la société anonyme d'une interprétation de l'intention du législateur.

Quelque contestable que soit le mérite de cette différence de traitement entre les administrateurs et le conseil de surveillance, il importe d'ajouter, en ce qui concerne les premiers, que ce caractère obligatoire de

leur responsabilité n'existe qu'autant que la nullité, qui l'engendre, est prononcée en raison d'une infraction aux dispositions de la loi de 1867. La nullité d'une société peut, en effet, être prononcée pour d'autres causes fondées sur les règles générales du contrat de société ; dans ce cas, l'article 42 ne s'applique pas et les administrateurs ne peuvent être responsables que dans les limites et d'après les règles du droit commun.

3° La responsabilité de l'article 42 est, enfin, une responsabilité *solidaire*. Cette solidarité, expressément affirmée par la loi de 1867, le fut encore, plus tard, par la loi du 1er août 1893, qui substitua aux mots « responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice du droit des actionnaires, » de l'ancien article 42, la rédaction suivante : « Sont responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation. »

On ne peut donc plus contester, en admettant même, ce qui est fort douteux, qu'on ait pu le faire utilement, que la solidarité lie les administrateurs et les fondateurs, tous ensemble, aussi bien à l'égard des actionnaires qu'à l'égard des tiers (1).

Cette solidarité est un corollaire indispensable de la responsabilité ; elle en garantit l'efficacité. Les tiers et les actionnaires, en effet, ne peuvent matériellement pas rechercher parmi les administrateurs celui ou ceux d'entre eux qui sont les auteurs directs de la nullité.

(1) Cass , 16 avril 1878 et 4 juin 1883. J. S., 1884, 313. — Cass., 18 mai 1885. J. S., 1886, 82. — Cass., 8 juillet 1885. J. S., 1887, 305. — Cass., 8 novembre 1886. J. S., 1887, 770. — Cass., 18 janvier 1899. J. S., 1899, 208.

Ils doivent, cela est certain, n'agir que contre les fondateurs auxquels la nullité est imputable, mais il en est autrement du conseil d'administration, dont les membres n'ont qu'un rôle collectif. Les actionnaires et les tiers ne peuvent pas davantage rechercher si l'un ou l'autre des administrateurs a pris une part plus ou moins grande aux faits qui entraînent leur responsabilité. Comme cette responsabilité trouve son fondement juridique dans l'obligation imposée aux administrateurs de vérifier la régularité de la société, comme cette obligation incombe au conseil d'administration tout entier, comme enfin ses membres sont responsables par cela seul qu'ils étaient en fonctions au moment où la nullité a été encourue, il est logique que la responsabilité frappe la collectivité et englobe tous les administrateurs.

L'article 42, en prescrivant cette solidarité, s'est écarté du droit commun auquel le législateur est revenu en rédigeant l'article 44 qui, pour les actes de gestion, prévoit expressément des responsabilités individuelles. C'est encore là une observation qui démontre combien la responsabilité, encourue par les administrateurs à raison de la nullité prononcée par application de l'article 41, est dérogatoire aux règles générales du droit. Nous avons dit que cette solidarité était, avant tout, une garantie instituée par la loi; nous en conclurons donc que rien, au cas de nullité de la société, ne peut priver les actionnaires ou les tiers du bénéfice de cette garantie.

C'est en vain, par exemple, que les administrateurs désireux d'échapper à la solidarité pourraient prétendre qu'ils ont ignoré la nullité originaire. Qu'importe leur ignorance, leur bonne foi? Les personnes qui réclament contre eux l'application d'une sanction civile

n'ont pas à faire la preuve que chacun des administrateurs a commis une faute, est coupable d'une omission ou d'une négligence. Nous avons vu que la loi de 1867, loin de subordonner la responsabilité à une preuve de cette nature, a créé, au contraire, une présomption atteignant le conseil d'administration tout entier, et qui existe par la seule coïncidence de l'époque à laquelle la nullité était encourue et de celle où les administrateurs étaient revêtus de leur mandat. L'un ou l'autre d'entre eux prouvera donc inutilement que le vice infestant le pacte social lui est demeuré inconnu, ou qu'il avait confié à un de ses collègues le soin d'en purger la société. Cette preuve aura son résultat dans les rapports des administrateurs entre eux, elle est sans effet au regard des actionnaires et des tiers (1).

Jusqu'ici, en analysant la solidarité prévue par l'article 42, nous ne nous sommes préoccupé que de l'*obligation* imposée par la loi aux administrateurs de réparer le préjudice causé par la nullité, c'est-à-dire que nous avons simplement déterminé quelles sont les personnes tenues, obligées d'effacer le dommage, et nous sommes arrivé à cette conclusion que l'obligation de le réparer incombe à tous les administrateurs solidairement entre eux.

En sera-t-il de même pour la *contribution* à la réparation de ce préjudice ou, en d'autres termes, tous les administrateurs devront-ils contribuer, et cela dans une proportion égale, à cette réparation? Il ne s'agit plus ici, bien entendu, des rapports des administra-

(1) Cass., 19 octobre et 8 novembre 1886. Sirey, 1888, 1, 354. — Cass., 9 juin 1891. Sirey, 1891, 1, 501.

teurs avec les tiers ou les actionnaires lésés par l'annulation de la société, mais seulement des relations des administrateurs entre eux. Nous supposons que leur responsabilité a reçu sa sanction effective, qu'ils ont payé les dommages-intérêts auxquels ils ont été condamnés et nous nous demandons comment les sommes versées vont se répartir entre eux, dans quelle mesure chacun d'eux doit, en fait de comptes, contribuer à la réparation du préjudice.

Il est conforme aux principes généraux du droit que l'administrateur qui a payé la dette commune au conseil tout entier ait un recours contre chacun de ses collègues pour leur faire supporter une part de la dette. C'est l'application pure et simple de la règle de l'article 1213 et de l'article 1214 du Code civil : et ce recours appartient à l'administrateur qui a payé, alors même que ceux contre lesquels il l'exerce n'auraient pas été l'objet d'une poursuite en responsabilité (1).

On a formulé contre ce recours une critique intéressante. Accorder à l'administrateur qui a été condamné et qui a payé un recours contre ceux de ses collègues qui n'ont point été condamnés, c'est permettre, dit-on, à l'auteur d'un délit d'exercer une action en garantie ayant pour but de l'exonérer des responsabilités pécuniaires qui en sont la conséquence. Or, la jurisprudence lui refuse ce droit (2).

La question ainsi formulée doit se résoudre par une double distinction.

(1) Toulouse, 28 novembre 1883. R. S., 1884, p. 422. — Paris, 10 juillet 1884. *Gaz. trib.*, 25 octobre 1885.

(2) Cass., 31 juillet 1878. D. P., 79, 1, 374. — Cass., 22 décembre 1880. D. P., 81, 1, 63. — Cass., 20 février 1882. D. P., 82, 1, 232.

De deux choses l'une, ou l'obligation à laquelle a satisfait celui qui a payé a été engendrée par un fait réprimé par la loi pénale, ou ce fait est simplement réprimé et sanctionné par la loi civile; d'autre part, ou tous les auteurs du fait dommageable ont été solidairement condamnés, ou quelques-uns d'entre eux seulement.

Si le fait dommageable est puni par la loi pénale et si tous les auteurs de ce fait ont été solidairement condamnés, il n'est pas douteux que celui qui a payé puisse exercer un recours contre ses codébiteurs solidaires. « Cette action, dit Pothier (1), ne naît pas du délit qu'ils ont commis ensemble, *nemo enim ex delicto consequi potest actionem ;* elle naît du paiement qu'il a fait d'une dette qui lui était commune avec ses codébiteurs et de l'équité qui ne permet pas que ses codébiteurs profitent à ses dépens de la libération d'une dette dont ils étaient tenus comme lui. » Dans cette hypothèse, l'article 1214 du Code civil doit s'appliquer (2).

Si le fait est puni par la loi pénale et qu'un seul des auteurs soit poursuivi soit devant la juridiction répressive, soit devant la juridiction civile saisie de l'action civile, il ne peut pas appeler en garantie ses coauteurs du délit (Arg. des art. 2, 3, 159 et 212 Code d'instruction criminelle). Il ne peut pas davantage exercer contre eux un recours civil pour les obliger à contribuer au paiement des dommages-intérêts, car la jurisprudence considère que ce recours serait incompatible avec l'autorité de la chose jugée contre lui, et

(1) Pothier, *Traité des obligations*, n° 282.
(2) Sourdat, *De la responsabilité*, n° 158.

qu'il doit se borner à agir contre ceux de ses complices dont la culpabilité a été judiciairement proclamée.

Si enfin le fait ne constitue qu'un quasi-délit ou qu'un délit purement civil, s'il n'est point réprimé par la loi pénale, celui des auteurs qui a été condamné et qui a payé peut exercer un recours basé sur l'article 1214 du Code civil, contre ces coauteurs, sans qu'il y ait lieu de distinguer si ceux-ci ont été condamnés ou non [1].

C'est cette conclusion qu'il faut appliquer aux administrateurs de sociétés anonymes, en décidant que celui d'entre eux qui a réparé le préjudice causé par la nullité a un recours contre tous les autres membres du conseil d'administration, encore que l'un ou l'autre d'entre eux n'ait point été poursuivi ni condamné comme responsable de la nullité.

La Cour de cassation l'a ainsi formellement décidé dans un arrêt du 8 novembre 1886 [2] :

« Attendu, en droit, que l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867 déclare solidairement responsables envers les tiers, au cas de nullité prononcée d'une société anonyme pour inobservation des articles 22, 23, 24 et 25 de ladite loi, les administrateurs en fonctions au moment où la nullité a été encourue ; — Attendu qu'à la dette commune et solidaire ainsi édictée par la loi à la charge des administrateurs, il y a lieu d'appliquer le principe général écrit dans les articles 1213 et 1214 du Code civil, principe d'après lequel l'obligation se divise de plein droit entre les débiteurs et qui autorise le re-

(1) Cass., 20 juillet 1852. D. P., 52, 1, 248. — Orléans, 9 août 1850. D. P., 51, 2, 140. — Cass., 21 février 1870. D. P., 70, 1, 111. — Cass., 23 avril 1872. D. P., 72, 1, 411.

(2) D. P., 1887, 1, 9.

cours contre ses codébiteurs de celui qui a payé la dette au delà de la part pour laquelle il était tenu vis-à-vis de ses coobligés ; — Attendu que vainement on voudrait écarter le droit pour le débiteur solidaire qui a payé la dette commune de faire supporter par ses codébiteurs la part qui leur revient dans cette dette, en prétendant que l'exercice de ce droit constitue une action en garantie qui ne saurait être admise quand elle a pour effet d'exonérer un débiteur des responsabilités pécuniaires pouvant résulter d'un délit ou d'un quasi-délit ; — Attendu, en effet, que l'action intentée par un codébiteur en vertu des articles 42 de la loi de 1867 et 1214 du Code civil, n'est point une action en garantie tendant à exonérer un délinquant des conséquences de sa faute, mais bien une action en répétition de la part revenant au codébiteur dans la dette commune, si cette part a été payée, ou en participation proportionnelle dans la dette, si la liquidation n'en a pas encore été faite, action qui n'est que l'application des règles posées par la loi elle-même en matière de responsabilité solidaire ; — etc.... »

Dès l'instant que l'on admet l'existence d'un recours au profit de l'administrateur qui a payé les dommages-intérêts contre ses collègues, il faut admettre, par voie de conséquence, que ce recours peut également être exercé contre les fondateurs. Souvent, en effet, c'est parmi ces derniers que se trouve le véritable auteur de la nullité ; or, comme, au point de vue de la contribution aux dommages-intérêts, l'idée dominante consiste à rechercher les responsabilités effectives, il faut que ce recours puisse atteindre toutes les personnes susceptibles de les avoir encourues.

Il n'est pas possible de dire ici que ce recours ne saurait s'exercer contre les fondateurs, sans violer la règle que les codébiteurs solidaires sont privés de recours entre eux quand leur dette est née d'une faute commune. Il n'y a pas, en réalité, de faute commune aux administrateurs et aux fondateurs, mais bien une faute commune aux premiers, qui consiste dans le défaut de vérification, et une faute commune aux seconds, qui est la violation même des règles constitutives de la société; en somme, deux fautes qui se succèdent sans se confondre.

Quel sera l'effet de ce recours? Une distinction nous paraît s'imposer.

I. Si le recours est exercé contre un ou plusieurs fondateurs, par un ou plusieurs des administrateurs, et qu'il démontre que la personne attaquée est bien l'auteur de la nullité, nous croyons que ce recours doit aboutir à l'exonération complète des administrateurs. C'est, en somme, le jeu des règles du droit commun qui conduit à cette opinion. Le préjudice subi par les actionnaires et les tiers à raison de la nullité est réparé; ce sont les administrateurs qui les ont désintéressés. Ils ont assurément le droit de se retourner vers les fondateurs et de leur dire : « Nous avons réparé un préjudice dont vous êtes les auteurs, nous l'avons réparé, car la loi nous y obligeait, et la faute en vertu de laquelle elle nous y obligeait n'existe qu'au regard des actionnaires. Si nous avons manqué à notre devoir en omettant de vérifier les actes accomplis par vous, ce devoir n'existait qu'entre la société et nous. Mais dans les relations de fondateurs à administrateurs, ce devoir n'existe pas, partant point de faute à votre encontre commise ou présumée commise par nous. Nous voyons

au contraire très nettement votre faute, à vous, fondateurs ; c'est l'infraction même à la loi, infraction qui a entraîné la nullité. Or, cette nullité nous a rendus responsables, au regard de la société et des tiers, du dommage éprouvé par eux. Le préjudice que nous éprouvons personnellement consiste dans la réparation de ce dommage, que nous avons effectuée de nos deniers. Vous devez donc nous indemniser intégralement des conséquences que votre faute a entraînées pour nous. »

II. Si, d'autre part, le recours est exercé par un administrateur contre d'autres membres du conseil d'administration, l'effet de ce recours est de répartir entre eux tous le fardeau de l'indemnité qu'a payée l'administrateur poursuivi. Cette répartition ne doit pas se faire, cela est certain, au prorata de l'intérêt que chacun d'eux a dans la société. Il est contraire à tout esprit d'équité que l'administrateur dont l'intérêt est aussi minime que la négligence a été grande, ne soit, en fin de compte, tenu que d'une participation fort exiguë à l'indemnité globale ; tandis qu'un autre administrateur, porteur d'un nombre d'actions considérable, en supporte une part également considérable, alors même qu'il serait établi qu'il n'a pas manqué de diligence ou qu'il a fait tous ses efforts pour remédier au vice initial de la société. La Cour de Bordeaux s'est rangée à l'opinion que nous combattons, dans un arrêt du 9 mars 1874[1], admettant ce principe que l'obligation solidaire doit se partager entre les personnes responsables de la nullité au prorata du nombre de leurs actions. Cela conduirait à dire, par exemple, qu'un fondateur, bien qu'il soit

(1) *Journal du Palais*, 1876, p. 889.

l'auteur même de la nullité, n'en subira pas la moindre conséquence, s'il a été assez avisé pour ne pas engager ses capitaux dans une entreprise dont il a lui-même compromis la viabilité. On ne peut adopter semblable théorie sans consacrer de nombreuses injustices ; sans oublier surtout que l'intérêt que chaque administrateur a dans la société ne correspond nullement à l'intérêt qu'il a pu avoir à commettre la faute. Chacun des membres du conseil d'administration n'a-t-il pas, dans la pratique, une vigilance d'autant plus grande que ses intérêts sont plus étendus ?

Il faut rechercher la source de la responsabilité ; et l'on arrive à une solution bien différente de celle adoptée par la Cour de Bordeaux. Cette responsabilité, nous l'avons dit plus haut, naît d'une présomption de faute que la loi de 1867 a créée contre les administrateurs, et cette faute consiste dans un défaut de vérification des formalités essentielles de la société. Dans cette faute, dans ce défaut de contrôle, les administrateurs n'ont pas forcément une part égale. Suivant les cas, la responsabilité se déplace avec la faute qui l'a engendrée, et cette faute peut varier à l'infini dans ses conséquences, dans sa forme, dans sa gravité.

Supposons, par exemple, que le conseil d'administration charge expressément un de ses membres d'accomplir toutes les formalités de publicité prévues et imposées par la loi. Ce membre, trompant la confiance qui lui a été témoignée, néglige d'accomplir ce devoir et laisse un vice capital s'introduire dans la société. Plus tard, un tiers ou un actionnaire s'en empare et obtient l'annulation de la société ; sera-t-il alors possible de contester que l'administrateur coupable de cette négligence

doive supporter une part de responsabilité plus grande que celle de ses collègues, auxquels il ne peut reprocher que la confiance dont ils l'ont investi? Pourra-t-on, sans violer tout esprit d'équité, décider que cet administrateur ne participera à la réparation du préjudice que dans la mesure de sa part d'associé? Assurément non; la responsabilité doit se répartir entre les administrateurs, proportionnellement à la faute de chacun d'eux : ainsi l'exigent le souci de l'équité et les principes du droit commun (1).

C'est, on le voit, une question de fait que l'étendue de la responsabilité de chaque administrateur par rapport à ses collègues et la sanction du recours doit être appréciée et déterminée par le juge. S'il est impossible de faire cette répartition et de discerner la part que chacun d'eux a prise à la faute commune, nous pensons que, dans ce cas, l'indemnité doit se répartir également entre eux. Chaque administrateur y contribue pour une part égale, sans qu'il y ait lieu de tenir compte du nombre d'actions possédées (2).

(1) Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi de 1867*, n° 244.
(2) Cass., 5 juin 1882. *La Loi*, 1882, p. 542.

SECTION III

Etendue de la responsabilité encourue par les administrateurs à raison de la nullité de la société

Les personnes qui peuvent invoquer les dispositions de l'article 42 de la loi de 1867 sont les associés et les tiers ou créanciers sociaux. C'est à leur profit qu'existe la responsabilité des administrateurs.

Mais il ne suffit pas de savoir quand et comment ils sont responsables, dans quels cas et sous quelles conditions; l'analyse de cette responsabilité spéciale que fait naître la nullité de la société serait incomplète si nous ne recherchions pas quelle en est l'étendue, quelles en sont les limites, c'est-à-dire, jusqu'à concurrence de quel passif ou de quel préjudice les administrateurs sont-ils tenus?

La question doit recevoir une solution spéciale pour chacune des catégories de personnes indiquées par la loi; nous devons donc étudier d'abord les droits des tiers contre les administrateurs, puis ceux des actionnaires, enfin ceux d'une autre classe de personnes que nous ne pouvons, *à priori*, ranger ni dans une classe ni dans l'autre; ce sont les porteurs de parts de fondateurs.

§ 1^er^. — *Responsabilité des administrateurs à l'égard des tiers*

Que faut-il comprendre sous cette dénomination : les tiers? On serait, à première vue, tenté de répondre que les tiers sont les intéressés. Or, il convient d'observer

que la loi de 1867 emploie le mot « intéressés » dans le texte de l'article 41 qui prononce la nullité à l'égard de tous les intéressés, des sociétés constituées en violation des articles 22, 23, 24 et 25. Au contraire, l'article 42, qui règle spécialement les responsabilités engendrées par cette nullité, abandonne le mot « intéressés » et porte : «.... sont responsables solidairement envers les tiers.... » L'opposition des termes de ces deux articles révèle d'une façon fort expressive que dans l'intention du législateur de 1867, les mots : intéressés et tiers, n'avaient pas la même signification.

Évidemment, le terme « intéressés » employé par l'article 41 est beaucoup plus compréhensif que le mot « tiers » de l'article 42.

Les intéressés autorisés à se prévaloir de la nullité encourue par la violation des articles 22, 23, 24 et 25 comprennent : 1° les associés ; 2° les propriétaires de parts de fondateurs [1] ; 3° les créanciers sociaux dans la mesure de leur intérêt ; 4° les débiteurs sociaux ; 5° les créanciers personnels des associés, armés de l'action oblique de l'article 1166 du Code civil ; 6° les débiteurs des associés. On a soutenu [2] que les débiteurs sociaux et les débiteurs des associés n'étaient pas des intéressés au sens de l'article 41. On conçoit cependant des hypothèses où l'intérêt qu'ils peuvent avoir à demander la nullité de la société, est manifeste. Telle sera la situation d'une personne qui est débitrice envers la société, à raison d'un engagement né d'opéra-

(1) Paris, 3 mars 1896. D. P., 96, 2, 516.

(2) Furcy-Larue, *Responsabilité des fondateurs, des administrateurs et des commissaires de surveillance des sociétés anonymes.* Paris, Larose, 1883, n° 63. — P. Pont, t. II, n° 1248.

tions non encore exécutées ; d'un banquier, par exemple, qui a ouvert un crédit à la société et qui, pour ne pas se découvrir à l'excès en faveur d'une société irrégulière, a un intérêt évident à demander son annulation [1]. Il en est de même du débiteur personnel d'un associé qui est, en même temps, créancier de la société ; il ne peut, dans cet état, opposer aucune compensation. Cela lui sera possible, au contraire, s'il obtient l'annulation de la société [2].

Le mot « tiers » inséré dans le corps de l'article 42 a une signification beaucoup plus restrictive ; il ne comprend pas, cela est visible, les actionnaires, qui sont l'objet d'une désignation formelle, ni par conséquent les créanciers ou les débiteurs des associés. Il ne s'étend pas davantage aux débiteurs sociaux, qui ne sauraient en aucun cas subir un préjudice du fait de la nullité, leurs engagements étant les mêmes au regard de la liquidation qu'au regard de la société elle-même. Le mot tiers ne peut donc signifier que *créanciers sociaux*. Ce sont eux seuls qui, en dehors des associés, peuvent recourir contre les administrateurs, pour obtenir d'eux la réparation du préjudice que leur cause la nullité de la société.

Nous allons déterminer maintenant quels sont ceux de ces créanciers sociaux que les administrateurs de la société annulée doivent désintéresser, et nous y arriverons en examinant la question de savoir si ces administrateurs sont tenus de payer l'intégralité du passif social ou si, au contraire, ils ne sont tenus que de la

(1) Cass., 10 février 1879. Sirey, 81, 1, 210. D. P., 79, 1, 265. — Cass., 14 juin 1887. Sirey, 87, 1, 407. D. P., 87, 1, 417.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 227 *bis*.

réparation du préjudice réellement causé par la nullité. C'est, en d'autres termes, la question de l'étendue de la responsabilité des administrateurs qu'il faut résoudre ; nous allons, dans ce but, distinguer deux périodes.

A. *Régime de la loi de 1867.*

Sous l'empire de cette législation, une controverse des plus vives s'était élevée sur l'étendue de la responsabilité de l'article 42. La jurisprudence entière d'une part, la généralité des auteurs d'autre part, s'étaient rangés chacune à un système différent.

1° Système de la jurisprudence.

La jurisprudence a adopté, d'une façon unanime, le système de la responsabilité indéfinie des administrateurs. Ils sont responsables de l'intégralité du passif social, sans qu'il y ait lieu de rechercher si la nullité de la société a pu avoir sur ce passif une influence quelconque. Il est sans intérêt de rechercher si les créanciers ont subi un préjudice ; ils doivent être payés et complètement désintéressés. L'intérêt de la discussion réside surtout dans une hypothèse que nous avons déjà signalée à l'attention du lecteur et qui se présente fréquemment dans la pratique.

Une société tombe en faillite, puis au cours des opérations de la faillite, la nullité est prononcée. Dans l'intervalle qui s'est écoulé entre la déclaration de faillite et l'annulation de la société, les créanciers n'avaient que le droit de toucher un dividende provenant de la réalisation de l'actif. Si l'on admet que, la nullité prononcée, les administrateurs et les fondateurs ne sont tenus de réparer que le préjudice réellement éprouvé par les créanciers, leur responsabilité sera légère, car il

est certain que la nullité n'a pas aggravé la situation des créanciers et que seule la faillite de la société compromet le recouvrement de leurs créances. Si, au contraire, on décide que les administrateurs et les fondateurs doivent répondre de l'intégralité du passif social, la situation des créanciers va, par le seul fait de la nullité, s'améliorer d'une façon considérable, puisque, au lieu de toucher un dividende, ils pourront poursuivre le recouvrement intégral de leurs créances contre les personnes déclarées responsables, aux termes de l'article 42 de la loi de 1867. C'est à cette dernière théorie que la jurisprudence s'est fixée (1).

Examinons, en raison de l'incontestable intérêt historique qui s'attache à cette discussion, les arguments que la jurisprudence invoque à l'appui d'une opinion qui n'a pas le mérite, on doit le reconnaître, de se concilier aisément avec l'équité. Ils sont clairement exposés dans l'arrêt de principe rendu par la Cour de Paris le 28 mai 1869, au cours du procès intenté par le syndic de la faillite de la Société des crédits généraux de Saint-Nazaire, aux administrateurs originaires et aux fondateurs de cette société.

« Considérant, dit la Cour en parlant des administrateurs, que la responsabilité qui leur incombe dans ce cas, de même qu'aux fondateurs, consiste à être ga-

(1) Paris, 28 mai 1869. D. P., 69, 2, 145. — Cass., 27 janvier 1873. D. P., 73, 1, 331. Sirey, 73, 1, 163. — Cass., 2 juillet 1873. D. P., 74, 1, 49. — Cass., 13 mars 1876. D. P., 77, 1, 47. Sirey, 76, 1, 361. — Cass., 15 novembre 1876. D. P., 78, 1, 6. — Cass., 25 février 1879. D. P., 80, 1, 20. — Lyon, 9 février 1883. D. P., 83, 2, 113. — Paris, 27 décembre 1883. D. P., 85, 2, 222. — Cass., 8 juillet 1885. D. P., 86, 1, 104. — Paris, 5 décembre 1887. D. P., 89, 2, 185. — Cass., 9 juin 1891. J. S., 1891, 501. — Cass., 9 novembre 1892. J. S., 1893, 177. — Cass., 20 juin 1893. R. S., 1893, 375. — Cass., 23 janvier 1895 J. S., 1895, 57.

rants de la totalité des dettes sociales ; que l'article 12 du projet de loi soumis en 1863 au Corps législatif ne laissait aucun doute sur ce point : « les administrateurs, portait-il, sont responsables solidairement envers les tiers de la totalité des dettes sociales, sans préjudice des droits des actionnaires » ; — que, dans la rédaction définitive de cet article, devenu l'article 25 de la loi du 23 mai, les mots « de la totalité des dettes sociales » ont disparu, sans que les motifs de cette suppression aient été donnés ; mais que la dernière rédaction, si elle est moins explicite que la première, n'en a pas moins le même sens ; qu'il n'en résulte aucune restriction de l'étendue de la responsabilité imposée aux administrateurs ; que le seul changement apporté au projet a consisté à appliquer aux fondateurs la responsabilité qui était prononcée uniquement contre les administrateurs, et à en affranchir les administrateurs entrés en fonctions à une époque postérieure à celle où la nullité a été commise ; — que l'on désigne habituellement sous la qualification d'associé responsable l'associé qui est personnellement tenu de tous les engagements sociaux ; que l'article 25 précité, en déclarant les administrateurs solidairement responsables, sans rien ajouter à cette expression, doit être réputé l'avoir employée dans son acception la plus étendue ; — que cette interprétation est confirmée par la différence des termes dont se sert le même article pour déterminer le droit des tiers et ceux des actionnaires ; qu'après avoir dit que les administrateurs sont responsables envers les tiers, il ajoute : « sans préjudice des droits des actionnaires », d'où il suit que les uns et les autres n'ont pas des droits égaux ; — que, par l'article 27, les

administrateurs sont déclarés responsables, conformément aux règles du droit commun, soit envers les tiers, soit envers la société, de tous dommages-intérêts résultant des infractions aux dispositions de ladite loi et des fautes par eux commises dans leur gestion; — que l'article 25 serait superflu s'il n'avait pas une autre portée que l'article 27; — que du rapprochement de ces deux articles on doit conclure que le législateur a voulu établir une responsabilité différente pour des cas différents; — que, lorsque la société est annulée pour irrégularité de sa constitution, les administrateurs sont tenus personnellement envers les tiers de toutes les dettes de la société, et passibles de dommages-intérêts à l'égard des actionnaires qui ont éprouvé un préjudice; que lors, au contraire, que la société a été légalement constituée, les administrateurs sont uniquement responsables de dommages-intérêts, soit à l'égard des tiers, soit à l'égard des actionnaires, pour la réparation du dommage causé par leurs fautes; — que les motifs de cette double disposition sont faciles à saisir; qu'en matière commerciale il est de principe que tout associé qui traite avec les tiers s'oblige personnellement; — que, si les administrateurs des sociétés anonymes à responsabilité limitée sont exonérés de cette responsabilité, c'est en vertu d'un texte précis et par suite d'une faveur particulière accordée à ces sociétés; mais que, dans le cas où la société n'a pas accompli les formalités exigées pour sa constitution, et où la nullité en est prononcée, il ne reste plus qu'une société de fait, régie par les règles du droit commun et dont les membres ne sauraient réclamer aucun privilège; — que dans le cas, au contraire, où la société a été régulièrement for-

mée, ce sont les règles spéciales aux sociétés à responsabilité limitée qui doivent être appliquées, et que les administrateurs deviennent seulement garants du préjudice qui a pu résulter des fautes par eux commises dans leur gestion ; — que l'article 25 profite indistinctement à tous les créanciers de la société, soit qu'ils aient connu ou qu'ils n'aient pas connu la cause de nullité, soit même qu'ils aient pris part aux actes qui l'ont entraînée.... »

Cet arrêt fut, pour d'autres motifs, cassé par la Cour de cassation le 27 janvier 1873 [1] ; mais la théorie de la cour de Paris sur l'étendue de la responsabilité des administrateurs à l'égard des tiers fut adoptée par la Cour suprême.

Les conséquences de cette théorie conduisent non seulement à écraser les administrateurs sous le poids du passif social tout entier, auquel viendra s'ajouter le préjudice dont justifieront les actionnaires, mais encore à concevoir une véritable fiction juridique substituant à la société anonyme annulée une société de fait constituée par les personnes responsables ; M. Larombière était clairement arrivé à cette conclusion dans l'arrêt du 29 avril 1879, lorsqu'il disait de la société annulée : « à défaut d'un corps moral qui la personnifie, elle est nécessairement représentée par son gouverneur, ses fondateurs, ses administrateurs. »

On est allé plus loin encore. L'arrêt ci-dessus n'a pas hésité à déclarer ces fondateurs et ces administrateurs en état de faillite [2]. En logique pure, en effet, le passif

(1) D. P., 73, 1, 331.
(2) Genevois, *Le nouveau régime des sociétés*, 1896, p. 104.

ne peut point se fixer sur un être moral qui a cessé d'exister, il frappe donc personnellement les administrateurs qui seront réputés avoir traité, en leur nom propre, tous les engagements sociaux et tomberont en faillite s'ils n'y satisfont pas [1].

Il n'est pas nécessaire d'insister pour faire ressortir tout ce que cette théorie, admise par les cours et tribunaux français, avait d'excessif. Elle aboutissait, en fait, à créer aux créanciers d'une société un privilège que l'équité ne pouvait justifier; leur gage d'exécution devenait, par le fait seul de la nullité, plus étendu que si la société avait été régulière. La doctrine, à part quelques rares exceptions [2], l'a sans cesse combattue, et nous allons voir qu'elle a provoqué, par le mérite de son argumentation, la réforme législative de 1893. Elle réfute d'une façon très juridique les arguments invoqués à l'appui du système de la responsabilité indéfinie et, écartant, par là, l'application d'une théorie exceptionnelle, conduit aux règles ordinaires du droit commun.

2° Système de la doctrine.

Les administrateurs déclarés responsables de la nullité ne sont tenus de réparer que le préjudice effectivement causé aux tiers par la nullité de la société : de telle sorte que, si la société est tombée en faillite et que cette faillite ait rendu, en tout ou en partie, illusoires les droits des créanciers sociaux, ces derniers n'ont pas le droit de réclamer aux personnes responsables de l'article 42 la réparation d'un préjudice que la nullité

(1) Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 451.

(2) Rivière, *Commentaire de la loi de 1867*, n° 274. — Rousseau, *Questions nouvelles*, p. 115. — Griolet. D. P., 69, 2, 145, note. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 473. — Choppard, *Revue critique de législation*, année 1878.

n'a pu ni causer ni aggraver. C'est le retour aux principes généraux du droit qui mesurent l'étendue de la responsabilité au préjudice réellement provoqué par la faute génératrice. Telle est l'interprétation que la grande majorité des auteurs donnait à la loi de 1867, article 42 (1).

Examinons, un à un, les arguments du système de la jurisprudence et les observations qu'ils comportent.

1° L'article 12 du projet de loi soumis en 1868 au Corps législatif, dit l'arrêt de la cour de Paris du 29 mai 1869, édictait clairement pour les administrateurs la responsabilité de toutes les dettes sociales : « les administrateurs, portait-il, sont responsables solidairement envers les tiers de la totalité des dettes sociales, sans préjudice des droits des actionnaires. » Or, les mots : « de la totalité des dettes sociales » ont disparu dans la rédaction définitive et les motifs de cette suppression n'ont pas été donnés. Donc, l'intention du législateur a été de laisser au texte l'étendue d'application que lui donnait le projet; son sens n'en est pas altéré.

Cet argument n'est pas juridique ; il présume, sans raisons précises, l'intention du législateur ; sans davantage établir que la suppression des mots « de la totalité des dettes sociales » soit le fait d'une erreur, d'une omission. Il est assurément plus vraisemblable d'admettre que l'importance de ces termes n'a pas échappé

(1) Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi de 1867*, n° 224. Alauzet, *Commentaire des lois sur les sociétés*, n° 557. — Vavasseur, *op. cit.*, n°s 847 et suiv. — Boistel, *Précis de droit commercial*, p. 216. — Sourdat, *Traité de la responsabilité*, 1887, t. II, n° 1250. — P. Pont, *Sociétés commerciales*, n° 1306. — Bédarride, *op. cit.*, n° 479. — Romiguière, *Loi de 1863*, n°s 159 et suiv. — Lescœur, *Essai historique et critique*, n° 307.

aux auteurs de la rédaction définitive et que leur suppression est au contraire le résultat d'une volonté consciente. De quel droit pourrait-on rétablir, dans l'interprétation d'un texte de loi, une idée que le législateur n'y a point exprimée, alors surtout que cette faculté lui était offerte par le projet de loi et qu'il a jugé à propos de ne pas le faire ?

Au reste, les travaux préparatoires jettent une lumière éclatante sur l'intention des législateurs. Nous savons que l'article 25 de la loi de 1863 est devenu l'article 42 de la loi de 1867. Lorsque la loi de 1863 fut discutée, ce fut M. Duvergier, conseiller d'État, qui soutint le projet du gouvernement ; or il a expliqué lui-même dans quel esprit on avait supprimé les mots « de la totalité des dettes sociales ». « Le projet, dit-il [1], déterminait l'effet de la responsabilité à l'égard des tiers, il déclarait que les administrateurs étaient tenus au paiement de la totalité des dettes. Cette disposition a été modifiée, afin de laisser aux tribunaux le pouvoir de mesurer l'étendue de la responsabilité et de la proportionner au dommage qu'auront éprouvé, soit les tiers, soit les associés. »

L'intention du législateur de 1867 est révélée d'une façon tout aussi claire par le rapporteur de la loi, M. Mathieu, qui se plaisait à affirmer que son opinion était moins l'avis d'un jurisconsulte que la déclaration d'un témoin [2]. « La responsabilité solidaire des fondateurs, écrivait-il, celle également solidaire des administrateurs, peut être réclamée non seulement par les tiers, mais encore par les actionnaires, dans la proportion du

(1) Duvergier, *Collection annotée des lois*, loi du 23 mai 1863, art. 25.
(2) J. Larue, *ibid.*, n° 88.

préjudice que la nullité aurait causé à ceux-ci et à ceux-là ; l'article 42 le dit expressément [1]. »

Comment admettre, en présence des affirmations des commentateurs les plus autorisés pour éclairer l'esprit de la loi, que les mots « de la totalité, etc...., » n'aient disparu du texte définitif des lois qu'ensuite d'une omission, et qu'il soit possible, sans violer l'intention manifeste de leurs auteurs, de les appliquer comme s'ils s'y trouvaient encore ?

2° L'article 25 de la loi de 1863 déclare les administrateurs solidairement responsables ; or on désigne habituellement sous le nom d'associé responsable l'associé qui est tenu de tous les engagements sociaux.

Cet argument se résume dans une confusion entre l'associé responsable de la société en commandite, c'est-à-dire le gérant, qui est effectivement tenu des engagements sociaux, et l'administrateur de la société anonyme, lequel est un simple mandataire, ne répondant, en principe, que de ses fautes [2].

3° L'opposition des termes de l'article 42, suivant qu'il s'agit des tiers ou des actionnaires, implique une différence dans la responsabilité des administrateurs vis-à-vis des uns ou des autres.

Un des défenseurs du système de la jurisprudence, M. Gaston Griolet, a reconnu lui-même que cet argument était sans portée, en raison des nombreuses erreurs de rédaction relevées dans la loi de 1867 et spécialement dans les articles 41 et 42 [3].

4° L'article 25 de la loi de 1863, s'il n'avait pas pour

(1) Mathieu et Bourguignat, n° 244.
(2) Vavasseur, II, n° 847.
(3) Note de G. Griolet sous Paris, 28 mai 1869. D. P., 69, 2, 45.

but d'étendre la responsabilité des administrateurs à tout le passif social, ferait double emploi avec l'article 27 de la même loi, qui les rend responsables envers les tiers et les actionnaires du préjudice résultant des fautes commises par eux dans leur gestion.

Cet argument se heurte à la même objection que le précédent ; l'opposition qu'il signale est d'ailleurs sans grand intérêt, car l'article 25 et l'article 27 de la loi de 1863, comme l'article 42 et l'article 44 de la loi de 1867, s'appliquent chacun à un cas bien différent ; le premier visant l'hypothèse d'une société nulle, le second celle d'une société fonctionnant normalement en vertu d'un acte originaire régulier. Ce sont donc des textes qui ont des champs d'action distincts et s'appliquent isolément sans se contredire (1).

5° En matière commerciale, il est de règle que tout associé est solidairement responsable à moins qu'un texte formel ne limite cette responsabilité, comme dans les sociétés anonymes, par exemple. Or la société anonyme étant annulée, il ne reste plus que la société de fait formée par les administrateurs et les fondateurs et sur laquelle se fixe le passif social.

Ces deux propositions sont des plus contestables.

Notre droit n'offre pas trace de la règle invoquée, chaque type de société étant au contraire l'objet d'une réglementation spéciale au point de vue de la responsabilité des associés. D'autre part, il n'est nullement admis, d'une façon générale, que la société annulée laisse place à une société de fait, constituée par les personnes responsables de la nullité.

(1) Larue, nos 92 et 93.

La Cour de cassation a formellement rejeté cette théorie [1], qui considérait que, cette société de fait n'étant pas une société anonyme comme celle qu'elle a remplacée, les associés retombent sous l'empire du droit commun.

Il est beaucoup plus conforme aux principes généraux du droit de décider que cette société de fait ne peut pas être régie par des dispositions de la loi applicables à une société autre que celle que les associés ont entendu former. M. Griolet fait observer, avec beaucoup de raison, selon nous, que la jurisprudence a si bien compris cette idée, qu'elle a décidé d'une façon presque constante que la liquidation des sociétés annulées aurait lieu conformément à leurs statuts [2].

La réfutation du système de la responsabilité indéfinie nous paraît ainsi complète, et c'est avec raison, croyons-nous, que les jurisconsultes ont réclamé en faveur des administrateurs l'application des règles du droit commun. Les personnes que l'article 42 déclare responsables de la nullité ne sont donc tenues vis-à-vis des tiers que dans la mesure du préjudice causé par la nullité. Cette théorie a l'incontestable avantage de s'harmoniser avec le droit commun ; chacun n'est-il pas, en effet, responsable du préjudice engendré par sa faute ? Comment concilier cette idée inspirée par le droit naturel avec la théorie de la jurisprudence permettant aux créanciers d'une société déclarée en faillite puis annulée, de recouvrer contre les administrateurs et les fondateurs l'intégralité de leurs créances ?

(1) Cass., 29 février 1859. D. P., 59, 1, 408.

(2) Cass., 31 décembre 1844. D. P., 45, 1, 75. — Cass., 19 mars 1862. D. P., 62, 1, 408. — Cass., 7 février 1865. D. P., 65, 1, 289.

Ils ont compromis leurs intérêts en faisant crédit à une société que guettait la faillite, mais ils les restaurent en utilisant une nullité initiale du pacte social : c'est inadmissible. Au nom de quel principe juridique, avec quel sentiment de la justice, pourrait-on admettre que les créanciers d'une société en faillite doivent être placés dans une situation plus favorable, si la société est nulle, que si elle est régulière ? Comment le décider, sans violer cette idée élémentaire ; « ce double principe de justice et de morale, à savoir que la peine doit être proportionnée à la faute et que la faute, lorsqu'elle ne cause aucun préjudice, ne donne lieu à aucune réparation civile ? »

Sous l'empire de la législation de 1867, nous n'eussions pas hésité à nous joindre aux adversaires du système de la jurisprudence. Si leurs efforts n'aboutirent pas à la conduire dans une autre voie, ils eurent du moins cet inappréciable résultat de montrer aux pouvoirs publics l'imperfection de l'article 42 et d'attirer leur attention sur l'urgente opportunité d'un remaniement. Les auteurs et les jurisconsultes indiquèrent le sens de la réforme et conduisirent le législateur à un texte plus clair, moins ambigu, exclusif de toute interprétation dérogatoire au droit commun.

B. *Régime de la loi du 1er août 1893.*

L'application que firent de la loi de 1867 (art. 42) les cours et tribunaux français, provoqua, dès l'année 1875, un mouvement d'opinion en faveur d'une réforme de ce texte. Une première commission extraparlementaire fut constituée dans ce but, en 1875, elle était présidée par M. Ernest Picard ; une seconde fut formée en

1882, que présida M. Bozérian. C'est le projet élaboré par cette seconde commission qui fut présenté au Sénat, discuté, puis voté en décembre 1884.

Voici en quels termes le rapporteur, M. Thévenet, présentait le projet qui consistait à substituer aux mots « responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice du droit des actionnaires, » les termes suivants : « responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation » : « Je voudrais seulement vous indiquer, d'une façon générale, quel est l'esprit de la réforme modeste que nous proposons, disait le rapporteur. La loi de 1867, qui règle les formes de l'anonymat, a été critiquée fort souvent : magistrats, jurisconsultes, publicistes, en ont signalé les imperfections. Voici, par exemple, une société anonyme déclarée nulle pour inobservation des formalités prescrites par la loi ; cette nullité, d'après l'article 42 de cette loi, va produire des effets que beaucoup de personnes trouvent exagérés. Tout d'abord la nullité ne pourra jamais être couverte.

« Elle engendrera contre les administrateurs des responsabilités telles qu'ils seront contraints d'acquitter tout le passif social, alors même que la nullité n'aurait causé aucun préjudice réel aux actionnaires. D'excellents esprits ont pensé que ces écrasantes responsabilités étaient injustes, et qu'il y avait là une réforme essentielle et urgente à opérer. Ce point essentiel est réglé par le projet que vous avez à examiner. La proposition qui a été votée par la Chambre des députés réglemente les nullités des sociétés anonymes et les responsabilités qui en découlent. »

A la Chambre des députés, où le projet fut porté le

18 janvier 1890, le rapporteur, M. Clausel de Coussergue, s'exprimait d'une façon identique; « en ce qui concerne l'étendue de la responsabilité en cas de nullité; — d'après la loi de 1867, article 8, — dans les sociétés en commandite par actions, la responsabilité est expressément limitée au dommage résultant de l'annulation de la société. Mais en ce qui concerne les sociétés anonymes, la même loi dit purement et simplement que les fondateurs seront responsables solidairement envers les tiers. La jurisprudence en conclut qu'ils ne sont pas seulement responsables du préjudice causé, mais qu'ils sont responsables envers les tiers de tout le passif contracté au nom de la société. Cette rigueur est injustifiable. Autant il est juste et nécessaire que chacun reste responsable des conséquences de ses fautes, autant il est inadmissible qu'à l'occasion d'une faute commise, il soit condamné à plus et autre chose qu'à ce qui en est la stricte réparation. »

« Nous vous proposons de décider, ainsi que le Sénat l'a fait dans l'article 41 de son projet, que les fondateurs ne seront responsables que du préjudice résultant de l'annulation de la société. » Cette réforme, qui consistait dans l'article 5 de la loi, fut adoptée, sans discussion, le 3 juillet 1893.

Les deux passages que nous venons d'extraire des travaux préparatoires justifient bien la double proposition déjà émise au cours de ce chapitre : que, d'une part, ce sont les conséquences excessives et tyranniques de la théorie adoptée par la jurisprudence qui ont soulevé contre la loi de 1867 un souffle de critiques et provoqué un mouvement de réforme; que, d'autre part, s'il est bien certain que la loi de 1893 a réglé d'autres

questions que l'étendue de la responsabilité des administrateurs à l'égard des tiers et, notamment, la commercialité des sociétés anonymes, le taux des actions, leur libération, etc., en revanche, c'est cette question de la responsabilité même qui a été le but originaire et le motif déterminant de l'intervention législative.

L'économie du régime de la loi du 1^er^ août 1893 est facile à indiquer.

Les administrateurs déclarés responsables de la nullité de la société ne sont tenus à l'égard des tiers que de la réparation du préjudice causé par la nullité. La preuve de ce dommage doit être administrée d'après les règles ordinaires. Il en résulte par conséquent que les administrateurs peuvent toujours se dégager en établissant que le préjudice invoqué par les tiers n'a pas, avec la nullité de la société, une relation d'effet à cause. En cas de faillite puis d'annulation d'une société, s'il est démontré que la faillite a détruit irrémédiablement toutes les chances de recouvrement des dettes sociales, les administrateurs doivent être exonérés, car la nullité est restée sans influence sur la situation des créanciers sociaux.

Ce sont les mêmes principes que nous retrouverons dans un instant, lorsque nous nous occuperons de l'étendue de la responsabilité des administrateurs à l'égard des actionnaires.

Pour couper court aux difficultés que soulève fréquemment le respect du principe de la non-rétroactivité dans l'application des lois nouvelles, le législateur de 1893 a décidé, dans l'article 7, que les dispositions de l'article 42 régissent les sociétés constituées antérieu-

rement sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867. Nous en concluons donc que, pour toutes les sociétés, quelle que soit la date de leur constitution, quel que soit le régime légal qui ait présidé à leur formation, les administrateurs ne sont responsables que du préjudice causé par la nullité, pourvu que cette nullité de la société ait été prononcée après la promulgation de la loi du 1er août 1893. Cette loi, en effet, s'applique aux sociétés qui existent encore au moment où elle est promulguée, et ses dispositions ne peuvent régir une société qui aurait été annulée auparavant.

Reste l'hypothèse plus délicate d'une action introduite avant la loi de 1893, et non encore jugée au moment de la promulgation. Quelles règles doivent, en pareil cas, être appliquées à la responsabilité des administrateurs? La question présente un intérêt qui, pour n'être que transitoire, n'en est pas moins fort appréciable, les personnes responsables de la nullité ayant tout avantage à réclamer le bénéfice de la nouvelle législation. Le temps écoulé depuis a réduit cet intérêt sans trancher par une opinion définitive la controverse qui s'était élevée à ce sujet.

La jurisprudence s'était d'abord divisée : la Cour de Lyon et la Cour de Douai avaient décidé que la loi du 1er août 1893, malgré la rétroactivité inscrite par ses auteurs en ce qui concerne les responsabilités, ne peut pas bénéficier aux fondateurs et aux administrateurs lorsque l'action en responsabilité était déjà engagée avant la promulgation de la loi [1].

(1) Lyon, 14 juin 1895. R. S., 1895, p. 554. — Douai, 3 juillet 1895. R. S , 1896, p. 63.

Le tribunal de la Seine et la Cour de Montpellier, au contraire, se rattachèrent à l'idée de la rétroactivité absolue frappant même les instances introduites avant la loi, et furent suivis dans cette voie par la Cour de cassation [1]. Cette opinion s'inspirait d'un double argument; d'une part, disait-on, la loi de 1893 est avant tout une loi interprétative, elle a eu moins pour but d'édicter de nouvelles dispositions que de redresser la jurisprudence en éclairant le véritable sens de la loi de 1867; en outre, le texte du nouvel article 7 étant absolu, rien ne permet d'introduire dans son application des distinctions que ses auteurs n'ont point insérées dans sa rédaction.

La doctrine n'a pas admis, en général, le système de la Cour de cassation; MM. Lyon-Caen, Thaller, Houpin, se refusent à voir dans la loi de 1893, et en particulier dans l'article 5, une simple interprétation de la loi de 1867 et y découvrent, au contraire, un principe nouveau : ajoutant que le sort d'une instance doit se déterminer d'après l'état de la législation au jour où la demande a été formée [2].

Nos préférences vont au système de la Cour de cassation, qui respecte le mieux, croyons-nous, sinon l'esprit de la loi tout entière, au moins l'intention qui a présidé à la rédaction de l'article 5, et le texte même de l'article 7 qui doit être absolu dans son application comme dans ses termes.

(1) Trib. Seine, 24 avril 1895. R. S., 1895, p. 501. — Cass., 17 février 1896. R. S.,1896, p. 151. — Cass., 10 novembre 1897. J. S., 1898, p. 439.

(2) Houpin, *Traité*, t. I, n° 599. — Lyon-Caen, Note sous Sirey, 96, 1, 257. — Thaller, *op. cit.*, n° 452.

§ 2. — *Responsabilité des administrateurs à l'égard des actionnaires*

Sous l'empire de la loi de 1867, le texte de l'article 42 se bornait à réserver les droits des actionnaires qui se trouvaient par là rejetés dans le droit commun. Ils n'avaient le droit de réclamer aux administrateurs responsables de la nullité que la réparation du préjudice dont cette nullité était la cause directe. Cette interprétation a reçu, de la loi de 1893, une consécration formelle.

Nous entendons bien que les actionnaires n'ont pas, au cas de nullité du pacte social, à faire la preuve d'une faute commise par les administrateurs ; ils bénéficient, à cet égard, de la présomption exceptionnelle qui frappe ces administrateurs ; mais ils demeurent, pour le surplus de leurs droits, régis par les principes généraux. D'où l'obligation qui leur incombe de démontrer d'abord qu'ils ont éprouvé un dommage, puis que ce dommage est un résultat direct de la nullité.

On comprend aisément qu'il en soit ainsi. La responsabilité des administrateurs et des fondateurs, instituée par la loi au cas de nullité de la société, ne peut être la cause d'un enrichissement injuste dont profiteraient les actionnaires. C'est pourtant ce qui arriverait, si les associés d'une société déclarée nulle touchaient de la liquidation un dividende égal à leurs apports, et si, malgré ce remboursement, les personnes responsables de la nullité pouvaient encore être l'objet d'un recours de leur part[1]. Les associés, cela est dicté par la sim-

(1) Paris, 28 avril 1887. R. S., 1887, 322.

ple raison, ne peuvent exercer une action en responsabilité que s'ils ont éprouvé un préjudice. Cette justification est, d'ailleurs, facile à faire. Le dommage d'un associé, au cas de nullité, est constitué, d'une part, par la différence entre le dividende que lui attribue la liquidation de la société annulée et le montant de son apport, c'est le *damnum emergens ;* d'autre part, par la privation des bénéfices à venir dont il était en droit de recueillir une part déterminée, c'est le *lucrum cessans.* Le premier élément est d'une détermination purement mathématique; si la liquidation ne donne rien aux actionnaires, le préjudice de ceux-ci sera égal au montant de leurs apports; si elle attribue à chaque action un dividende de 25 °/₀, le dommage sera des 75 °/₀ du montant de l'action, et ainsi de suite. Le second élément, perte du gain futur, ne peut être déterminé que par l'appréciation des juges du fait, qui prendront en considération l'état des affaires sociales, la prospérité ou la ruine de l'entreprise, les bénéfices passés, les difficultés probables, etc....

Les actionnaires doivent, en second lieu, prouver que leur préjudice découle directement de la nullité, qu'il y ait entre cette nullité et ce préjudice une relation de cause à effet et une relation directe. Cette preuve est rigoureusement nécessaire (1), elle offre parfois de sérieuses difficultés.

(1) Cass., 27 janvier 1873. Sirey, 73, 1, 163. D. P., 73, 1, 331. — Cass., 27 mai 1873. D. P., 73, 1, 333 — Cass., 2 juillet 1873. Sirey, 73, 1, 306. D. P., 74, 1, 49. — Lyon, 9 février 1883. D. P., 83, 2, 73. — Cass., 3 juin 1885. D. P., 86, 1, 25. R. S., 85, 467. — Cass., 3 juillet 1885. R. S., 85, 675. — Paris, 28 avril 1887. D. P., 88, 2, 105. — Paris, 24 novembre 1887. D. P., 88, 2, 293. — Paris, 14 juin 1888. D. P., 90, 2, 321. — Cass., 23 décembre 1889. J. S., 1890, 33. — Orléans, 24 juillet 1890.

Une société annulée peut avoir un passif plus ou moins élevé; bien que, dans la confection ordinaire des bilans, on fasse figurer au passif le capital-actions, nous entendons ici parler du passif externe, c'est-à-dire des obligations de la société à l'égard des tiers. Les actionnaires vont prétendre qu'en raisson de la responsabilité des administrateurs vis-à-vis des tiers, les créanciers sociaux se trouvent complètement garantis; que par conséquent l'actif social doit être réparti entre les associés au prorata de leurs droits et, si cette répartition n'est pas égale à leurs apports originaires, qu'ils peuvent, pour le surplus, exercer leur action en responsabilité contre les personnes déclarées responsables.

Ce n'est pas ainsi que les choses doivent se passer; juridiquement, en effet, les actionnaires sont des copropriétaires du capital social, ou plus largement, de l'actif social. Leur droit de propriété ne peut s'exercer utilement qu'après les droits des tiers créanciers dont cet actif est le gage. On doit, en conséquence, employer d'abord l'actif à désintéresser les créanciers sociaux et, s'il y a un excédent, le répartir entre les actionnaires (1).

Le préjudice éprouvé par ces derniers n'est donc déterminé qu'après la liquidation de la société. Reste à établir que ce préjudice provient de la nullité; c'est une question de fait, mais qui peut devenir fort délicate dans diverses hypothèses, dont une entre autres a déjà été mentionnée. Il s'agit du cas de la société tombée en faillite puis annulée. Y a-t-il, en pareille occurrence,

D. P., 91, 2, 337. — Cass., 9 novembre 1892. J. S., 1893, 177. D. P., 93, 1, 73. — Cass., 20 juillet 1893. D. P., 93, 5, 553. — Douai, 7 février 1895. J. S., 1895, 323. — Cass., 18 mars 1895. J. S., 1895, 392.

(1) Cass., 11 novembre 1885. D. P., 88, 1, 59.

une relation de cause à effet entre la nullité et le préjudice subi par les actionnaires? Assurément non; les droits de ceux-ci ont été rendus illusoires, en tout ou en partie, par la faillite; mais la nullité n'a rien pu ajouter au dommage. Il en est de même lorsque la liquidation de la société a été décidée par l'assemblée générale des actionnaires, en raison des pertes subies et de la mauvaise marche des affaires, lorsque la nullité est prononcée à un moment où la situation de la société est si précaire qu'elle ne peut plus continuer l'exploitation qui fait son objet.

S'il est nécessaire que la nullité soit la cause du préjudice, il n'est pas absolument indispensable qu'elle en soit la seule cause. Le dommage peut tenir son origine simultanément de plusieurs faits différents, de la nullité et de la mauvaise marche des affaires sociales, par exemple, tout à la fois. Ce sera la mission des juges de déterminer quel rôle a joué la nullité et de fixer les limites dans lesquelles elle a pu exercer son influence à l'égard des actionnaires.

Lorsque les associés ont fait la double preuve qui leur incombe, qu'ils ont justifié d'un préjudice et démontré que ce préjudice est né de l'annulation de la société, leur action en responsabilité est fondée et doit aboutir.

Mais quelle sera son étendue, que faudra-t-il entendre par préjudice, sera-ce le capital initial de l'apport, c'est-à-dire la valeur nominale de l'action, ou, au contraire, le prix de l'achat de cette action? La question présente un intérêt pratique indiscutable. En général, si la société a fonctionné, les actions ne sont plus toutes entre les mains des souscripteurs originaires. Elles ont cir-

culé, et ceux qui les détiennent au moment où la société est annulée peuvent les avoir achetées à un prix bien différent du capital nominal de l'action. Certaines actions, émises à 500 fr., en valent, quelques années plus tard, 5,000 ou 10,000 ; inversement, d'autres actions sont tombées à un cours fort réduit : la valeur de négociation d'une action est, fréquemment, très éloignée de sa valeur nominale.

Les actionnaires qui voient leur société annulée vont s'adresser aux administrateurs et leur dire : « Le préjudice que nous éprouvons est constitué, non point par le montant de l'apport initial, car nous n'avons pas été au nombre des souscripteurs originaires, mais bien par la somme que nous avons dû débourser pour acheter nos actions. Ces actions, la nullité en anéantit la valeur juridique et commerciale ; nous perdons donc réellement notre prix d'acquisition. »

Si, au contraire, les actionnaires ont acheté leurs titres à un prix inférieur au taux d'émission, ils tiennent le raisonnement inverse et réclament le remboursement de la valeur nominale de l'action. « La transmission des titres, disent-ils, nous a subrogés en tous les droits des souscripteurs primitifs. Quel est le préjudice subi par ceux-ci ? Il est assurément égal au montant de leurs apports. Peu importe le prix de la cession qui nous a mis à leurs lieu et place ; nous sommes, au regard de la société, réputés avoir fourni un apport de la valeur indiquée par l'action ; c'est donc cet apport qui mesure le préjudice que nous éprouvons. »

C'est à ce second raisonnement que l'on doit, croyons-nous, se rattacher. Il est plus logique de décider que, si la nullité provoque l'anéantissement de tout l'actif

social, le préjudice éprouvé réellement par l'actionnaire est équivalent au montant de son apport originaire, sans pouvoir jamais le dépasser. Il ne faut pas oublier, en effet, que tous les porteurs d'actions ont le droit d'intenter l'action en responsabilité. Or, ce droit, ils ne le puisent pas dans le contrat de vente qui leur a transmis la propriété d'actions postérieurement à la constitution de la société ; ils le puisent dans le contrat social originaire auquel ils ont participé comme souscripteurs, puisqu'ils ont tous les droits des souscripteurs primitifs. Nous pensons donc que, dans l'évaluation du préjudice causé par la nullité, le juge doit prendre pour base le montant de la valeur nominale de l'action, c'est-à-dire de l'apport de l'actionnaire et non pas le prix d'acquisition de l'action. Cette opinion a été implicitement adoptée par un arrêt de la Cour de Paris du 14 avril 1892 (1).

La jurisprudence admet une exception à cette règle que le montant de l'apport limite la responsabilité des administrateurs et des fondateurs : c'est le cas où les infractions qui ont engendré la nullité ont été commises avec le concours de procédés frauduleux et de manœuvres dolosives : souscriptions simulées, versements fictifs, publication mensongère de souscriptions, de versements, publication de bilans faux, etc.... On considère, en général, que, dans de pareilles circonstances, les actionnaires peuvent réclamer contre les auteurs de ces faits délictueux la réparation de l'intégralité du préjudice qui leur est causé, sans qu'il y ait lieu d'envisager le taux de l'apport, sans même qu'ils

(1) D. P., 92, 2, 347.

aient besoin de démontrer que ce préjudice provient de la nullité, s'ils justifient n'avoir souscrit ou acheté des actions que sur la foi accordée par eux aux administrateurs et à leurs procédés dolosifs [1].

Ajoutons, pour terminer cet examen des droits des associés, que la responsabilité des administrateurs est engagée à leur égard, sans qu'il soit, pour cela, nécessaire que la société ait été annulée à leur requête. Il est des cas, en effet, où ils ne peuvent pas obtenir l'annulation; citons celui notamment où la société est en faillite. En cette hypothèse, les créanciers ne peuvent pas intenter une action en nullité pour en dégager la responsabilité des administrateurs; car la demande en nullité est une action sociale, et le syndic seul, en raison de la collectivité des intérêts qu'il représente, peut l'intenter [2]. D'autre part, la nullité prononcée existe *erga omnes*, et tous les intéressés peuvent s'en prévaloir. Les actionnaires peuvent donc utiliser cette annulation et intenter des actions individuelles en réparation du préjudice qu'ils subissent du fait de la nullité [3].

D'une façon générale, on peut conclure que les actionnaires ont le droit de poursuivre les administrateurs en responsabilité du dommage causé par la nullité, soit que cette nullité ait été prononcée à leur requête ou à celle de tiers, soit qu'elle ait été prononcée sur la demande du syndic si la société est en faillite [4].

(1) Cass., 18 mai 1885. D. P., 88, 1, 59. — Cass., 9 novembre 1892. D. P., 93, 1, 73.

(2) *Contra :* Thaller, n° 454.

(3) Cons. Cass., 16 janvier 1878. D. P., 79, 1, 209, note.

(4) Cass., 11 novembre et 18 mai 1885. D. P., 88, 1, 59.

§ 3. — *Responsabilité des administrateurs à l'égard des porteurs de parts de fondateurs*

Les discussions que soulève la nature juridique des parts de fondateurs nous obligent à leur réserver un examen spécial. On ne saurait, en effet, sans entrer dans le vif de la controverse, ranger les porteurs de parts dans le groupe des actionnaires ou dans celui des tiers. Il s'agit là d'un titre qui n'est point encore, en dépit du rôle considérable qu'il joue dans la vie commerciale, entré dans le droit positif. La stipulation de part bénéficiaire affranchie de toute réglementation légale, prend les formes les plus diverses ; on l'appelle indifféremment : part de fondateur, part bénéficiaire, certificat de fondation, action de dividende, délégation de bénéfices ou délégation de jouissance.

Les auteurs sont fort divisés sur le caractère juridique de la part de fondateur ; les uns considèrent que le porteur de part est un véritable associé, puisqu'il court le risque social et qu'il a fait, en fondant la société, un véritable apport en industrie ; qu'ainsi la part de fondateur n'est pas autre chose qu'une action [1].

D'autres rejettent cette conception d'un apport en industrie et ne voient dans les porteurs de parts bénéficiaires que des créanciers sociaux, ayant le droit de prélever une certaine quotité des bénéfices [2]. Enfin,

(1) Thaller, *Traité élémentaire*, n° 520. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, II, n° 560 *bis* — Vavasseur, *op. cit.*, I, n° 534. — Chavegrin, Note dans Sirey, 1889, 1, 417. *Pandectes*, 1889, I, 1036. — *Valery*, note D. P., 1895, 2, 302.

(2) Bouvier-Baugillon, Loi du 1er août 1893, n° 150. — Wahl, *Traité des titres au porteur*, n° 292. — Rousseau, *Manuel pratique*, n° 130.

une dernière opinion repousse toute assimilation et déclare que la part de fondateur est un titre *sui generis*, que le porteur est un associé d'une catégorie spéciale, distinct des actionnaires ordinaires comme des porteurs d'actions privilégiées ou de jouissance (1).

Au point de vue particulier de la responsabilité encourue par les administrateurs à raison de la nullité de la société, il n'est pas nécessaire que nous entrions dans les détails de cette controverse. Avant la loi du 1er août 1893, il est vrai, sa solution présentait un intérêt considérable : la différence de traitement des tiers et des actionnaires était telle qu'il fallait alors déterminer dans laquelle de ces deux classes rentraient les porteurs de parts de fondateurs. Le nivellement opéré par la loi de 1893 qui a soumis les tiers et les actionnaires au régime du droit commun, nous permet donc de laisser de côté cette question délicate. Que les porteurs de parts bénéficiaires soient, en effet, des associés ordinaires, ou de simples tiers créanciers, qu'ils soient des associés *sui generis*, il n'en est pas moins certain qu'ils ont le droit d'intenter l'action en nullité de la société.

Ce droit ne naît point pour eux d'une analyse approfondie de leur caractère juridique ; il trouve sa source dans la simple application des règles ordinaires du droit. L'article 41 de la loi de 1867 permet à tout intéressé de se prévaloir de la nullité provoquée par les infractions aux articles 22, 23, 24 et 25 de la même loi. Assurément le porteur de part de fondateur est un intéressé au sens de l'article 41, puisqu'il est appelé à

(1) Percerou, *op. cit.*, nos 178, 179 et suiv. — Genevois, *Traité des parts de fondateurs*, p. 45. — Houpin, *op. cit.*, I, n° 371.

recueillir une certaine part des bénéfices sociaux. Donc, il peut s'autoriser de l'article 41 et obtenir l'annulation de la société.

Reste à savoir maintenant si, cette nullité une fois proclamée, il peut s'en prévaloir à l'égard des administrateurs responsables (art. 42), et leur intenter une action en responsabilité, pour se faire indemniser du préjudice que lui cause la nullité.

Un auteur, M. Goirand [1], leur refuse ce droit en invoquant cette idée que les porteurs de parts de fondateurs, n'étant ni des associés ni des créanciers, ne sont point compris parmi les personnes que la loi protège. Cette opinion est difficile à soutenir. En droit, une personne qui n'est pas associée est forcément un tiers par rapport à la société ; inversement, si elle n'est pas un tiers, c'est qu'elle est associée. La nature de son droit d'associé est évidemment délicate à déterminer. Mais on ne peut se refuser à admettre ce principe que le porteur de part de fondateur est ou un associé ou un créancier social, créancier d'une nature spéciale, cela est vrai, associé *sui generis*, cela est encore possible, mais sûrement l'un ou l'autre. Or, la loi de 1893 permet à l'associé et au tiers créancier d'obtenir réparation du préjudice que lui cause la nullité. Nous croyons donc que le porteur de part de fondateur est protégé par cette loi, soit à un titre, soit à un autre, et qu'il possède l'action en responsabilité contre les administrateurs et les fondateurs.

Quelle est l'étendue de cette responsabilité ? C'est l'étendue même du préjudice causé directement par la

(1) Goirand, *Traité des sociétés par actions*, n° 444.

nullité aux intérêts des porteurs de part de fondateurs ; ils sont donc, comme les actionnaires, soumis au régime du droit commun ; comme eux, ils ont la charge de démontrer qu'ils éprouvent un dommage et que ce dommage est la conséquence de la nullité de la société (1).

Le préjudice qu'éprouvent les porteurs de titres de parts bénéficiaires peut consister, d'une part dans l'anéantissement de la valeur du titre, mais à la condition rigoureuse que ce soit la nullité qui ait causé cet élément de préjudice, d'autre part dans l'interruption de la vie sociale et la privation de la participation éventuelle aux bénéfices à venir.

Le premier élément de dommage, perte de la valeur de négociation de la part de fondateur, ne justifie pas, dans tous les cas, l'application de la responsabilité civile des administrateurs. On doit l'écarter, tout d'abord, si cet avilissement de la valeur de la part est dû à une dissolution volontaire de la société décidée en assemblée générale, à une déclaration de faillite ou une mise en liquidation judiciaire de la société ; toutes les fois, enfin, que la nullité est sans relation directe avec le préjudice allégué.

On doit l'écarter également lorsque la liquidation de la société, quelle que soit la raison qui l'ait rendue nécessaire, a permis l'attribution aux porteurs de parts de fondateurs d'un dividende provenant de la distribution des réserves sociales. Il est acquis, en effet, que les porteurs de parts de fondateurs n'ont aucun droit sur le capital social qu'ils n'ont pas contribué à

(1) Seine, 12 août 1891. J. S., 1892, 175. — Paris, 3 mars 1896. J. S., 1897, 61.

former. Au contraire, les réserves sont constituées par un prélèvement sur les bénéfices ; sur ces bénéfices, les porteurs de parts ont un droit qui leur est conféré par les statuts et que réduit dans une certaine proportion la constitution des réserves légales ou conventionnelles. On doit donc décider que les porteurs de parts de fondateurs ont contribué à former ces réserves et qu'ils doivent, en cas de liquidation, être appelés à recueillir une part, proportionnelle à leurs droits, de ces réserves.

Si, dans ces conditions, la société étant annulée, les réserves ont permis de distribuer aux porteurs de parts bénéficiaires un dividende égal à la valeur commerciale de ces parts, ils ne subissent à ce premier point de vue aucun dommage, et les administrateurs ne sont pas tenus à leur égard.

Le second élément de préjudice que les porteurs de parts de fondateurs allèguent au cas de nullité est la privation même des bénéfices à venir. La jurisprudence reconnaît, d'une façon générale, le principe d'une indemnité en cas de dissolution votée sans juste motif[1] ; à plus forte raison doit-on affirmer le principe de cette indemnité lorsque la dissolution est causée par une faute des fondateurs ou des administrateurs. « Que la cessation de la société, dit M. Genevois[2], ait été déterminée par un vote non justifié ou par une irrégularité judiciairement reconnue, ceux *par la faute desquels elle est arrivée sont tenus* d'en réparer les conséquences. »

(1) Cass., 4 juillet 1893. Sirey, 1894, 1, 166. — Cass., 13 juin 1898. D. P., 1899, 1, 553. Sirey, 1899, 1, 67.

(2) Genevois, *Nouveau régime des sociétés*, p. 179.

Les administrateurs étant responsables, envers les porteurs de parts de fondateurs, de la perte des bénéfices futurs, perte provoquée par l'interruption de la vie sociale qui résulte elle-même de la nullité, on doit reconnaître que la détermination du dommage causé par cette privation offre dans la pratique les plus sérieuses difficultés. Quoi de plus aléatoire, en vérité, que l'éventualité des bénéfices dans l'avenir? Quelles périodes de prospérité, de stagnation, de dépérissement, l'avenir réservait-il à l'entreprise? C'est une question de fait dépourvue de données précises pouvant servir de bases à une solution. « On doit régler, dit le tribunal de commerce de la Seine (1), les bénéfices des exercices restant à courir sur la moyenne des dividendes fournis aux porteurs de parts, depuis la fondation de la société, en faisant une déduction pour l'aléa que présentent les bénéfices futurs. » Ce procédé d'évaluation du préjudice causé par l'annulation est, à notre sens, fort critiquable. Il suppose d'abord que la société a déjà donné des dividendes; ce n'est pas toujours vrai. Il admet ensuite que l'examen du juge doit se limiter, dans l'avenir, à la durée de la société; ce n'est pas davantage exact, car la société peut être indéfiniment prorogée. M. Wahl propose (2) de prendre comme base d'appréciation la valeur de la part de fondateur d'après le cours de Bourse ou de vente si elle n'est pas cotée. Cette manière d'apprécier serait plus logique, car le cours de négociation d'un titre quelconque se fixe non seulement d'après le revenu qui lui est normalement afférent, mais aussi d'après les ga-

(1) Jugement 10 mars 1890. R. S., 1890, p. 263.
(2) Wahl. J. S., 1897, 246.

ranties, les chances de succès, les aléas que l'avenir paraît réserver à la société.

Il nous paraît plus rationnel de conclure que la liberté d'appréciation du juge, saisi d'une action en responsabilité, doit être entière; que tous les éléments d'évaluation sont bons s'ils sont exacts; qu'en tous cas, les porteurs de parts bénéficiaires n'ont nullement droit à des dommages-intérêts si leur titre n'a aucune valeur ou si la situation de la société est telle qu'il est certain qu'ils ne devaient jamais rien toucher [1].

(1) Houpin, I, n° 402.

CHAPITRE II

RESPONSABILITÉ RÉSULTANT DE MODIFICATIONS AUX STATUTS

SECTION Ire

Modifications aux statuts en général

Après la constitution de la société, l'acte le plus important de la vie sociale est, sans nul doute, le changement d'une ou de plusieurs clauses des statuts. Ces modifications peuvent entraîner, dans certains cas, la responsabilité des administrateurs, et cela, suivant des règles analogues à celles qui régissent la responsabilité encourue par eux à raison de la nullité de la société.

Le droit de modifier les statuts est, en principe, accordé par l'article 31 de la loi de 1867 à l'assemblée générale des actionnaires, dont les délibérations sur ce point ne sont valables qu'à la condition absolue que l'assemblée réunisse un nombre d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social.

La loi, qui a pris la précaution d'exiger une représentation déterminée des capitaux engagés, ne dit pas si les modifications aux statuts doivent être votées à l'unanimité des membres présents ou si au contraire

la simple majorité suffit. C'est une lacune qui donne lieu à une sérieuse controverse.

La question, cela va de soi, ne se pose même pas lorsque les statuts décident que la majorité doit suffire ou bien que l'unanimité des votants est nécessaire. Le principe de la liberté des conventions permet que le pacte social tranche, par avance, cette difficulté ; mais encore faut-il qu'il ne déroge pas à la prescription de l'article 31 et qu'il n'abaisse pas le quantum du capital social dont la représentation à l'assemblée est exigée, au-dessous de la proportion indiquée par ce texte.

Il faut d'abord bien préciser la portée de l'article 31. Signifie-t-il qu'en l'absence de stipulation spéciale du contrat originaire, les actionnaires peuvent, comme ils l'entendent, modifier les clauses du pacte social par une délibération de l'assemblée générale? Cela est difficile à admettre ; il s'agit, en pareil cas, de porter une atteinte aux règles essentielles d'une convention par laquelle se sont liés entre eux les associés. C'est donc là un pouvoir exceptionnel et dérogatoire, et l'exercice doit en être restrictivement limité : ce qui conduit à dire que si, aux termes de l'article 31, l'assemblée générale peut modifier les statuts, en vérité, cette liberté doit s'entendre en ce sens qu'elle ne peut modifier que les clauses auxquelles le pacte social permet d'apporter des changements. Cette interprétation est très clairement exprimée dans un arrêt de la cour de Paris du 30 novembre 1899 [1] : « .... Considérant qu'on soutiendrait vainement que l'assemblée générale avait le droit de modifier les statuts primitifs ; que la loi de 1867 qui

(1) D. P., 1901, 2, 234. Aff. Simon c. Société centrale de dynamite.

spécifie, dans son article 31, les conditions requises pour la validité des délibérations des assemblées générales, ne leur confère pas virtuellement le pouvoir de modifier et reviser les statuts ; que ce pouvoir étant une exception aux dispositions du contrat de société, dans lequel se sont engagées les parties, et qui les lie mutuellement, doit toujours être entendu d'une manière restrictive ; qu'en dehors des objets précis sur lesquels le contrat a expressément permis aux assemblées de modifier les statuts, le pouvoir de modification ne peut s'appliquer qu'à des changements à effectuer dans les limites des règles d'administration ou d'organisation, sans altérer les bases constitutives de la société ; que c'est dans cette mesure seulement que peuvent être votées les modifications qu'il serait de l'intérêt de la société d'adopter ; — Considérant que la compétence des assemblées générales dérive du contrat lui-même qui s'est formé lors de la constitution de la société ; qu'elle lui est attribuée et doit être reconnue dans les limites tracées par la convention originaire ; etc.... »

Cette théorie, à notre avis fort exacte, permet de dégager la règle suivante : l'assemblée générale des actionnaires ne peut modifier les statuts que sur les points où ces statuts permettent des modifications. Si les statuts sont muets, les modifications votées par l'assemblée générale ne peuvent excéder la limite d'actes d'administration [1].

Si nous supposons que les modifications proposées aux actionnaires rentrent dans la catégorie de celles que prévoient et qu'autorisent les clauses du pacte so-

(1) Paris, 19 avril 1875. D. P., 75, 2, 161.

cial primitif, nous voyons se dresser devant nous la difficulté que nous venons de signaler dans l'article 31 et nous devons rechercher, en supposant encore, cela va sans dire, que les statuts soient muets à cet égard, si les modifications doivent être votées à l'unanimité ou à la majorité des actionnaires présents à l'assemblée.

Les auteurs et la jurisprudence se divisent, à ce sujet, en trois systèmes différents.

Premier système. — La loi de 1867 a innové en conférant, par l'article 31, à toute société anonyme le droit de modifier ses statuts, et cela conformément à la règle générale de l'article 28, à laquelle l'article 31 ne déroge pas, règle qui déclare valable la délibération prise à la majorité des voix. Pourvu que la moitié du capital social soit représentée à l'assemblée, la majorité suffit [1].

Deuxième système. — Les associés ne sont tenus les uns envers les autres, que par le contrat primitif de société ; si la simple majorité permet qu'il soit modifié, les associés n'ayant pas voté, ou s'étant trouvés en minorité, vont subir les clauses d'une convention nouvelle à laquelle ils n'ont point adhéré. C'est violer les principes généraux du droit qui régissent les sociétés. Comme il s'agit précisément ici de régler, par l'application du droit commun, un cas que ne prévoient ni la loi de 1867 ni les statuts, c'est à ces principes généraux qu'il faut revenir. On les trouve résumés dans les textes relatifs aux contrats et notamment dans l'article 1134 du Code civil. « *Les conventions légalement*

(1) Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, n° 202. — Rivière, *op. cit.*, n° 230. — Bédarride, *op. cit.*, n° 412. — Paris, 13 mars 1884. J. S., 1885, 441. — Paris, 13 janvier 1885. D. P., 1885, 2, 184.

formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. » C'est dire que les statuts primitifs ne peuvent être révoqués, car pour les modifier il faut les révoquer, qu'avec l'assentiment unanime des actionnaires (1).

Troisième système. — Même dans le silence des statuts, l'assemblée extraordinaire, réunie dans les conditions de l'article 31, peut à la majorité des voix modifier ces statuts. Mais ce pouvoir ne peut s'exercer que suivant une distinction. Il faut différencier les modifications aux statuts et distinguer, d'une part, les modifications simples, portant sur des dispositions secondaires des statuts, qui rentrent par leur nature dans les pouvoirs de l'assemblée générale, et d'autre part, les modifications substantielles, qui apportent des changements aux conditions essentielles de la société, telles que changement d'objet, émission d'actions privilégiées, fusion avec une autre société, transformation du caractère juridique. Ces modifications substantielles

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n° 864. Lyon-Caen, note dans Sirey, 92, 1, 561. — Boistel, *Précis*, n° 320 et sa note dans D. P., 1892, 2, 385. — P. Pont, *op. cit.*, n° 1688. Rousseau, n° 1548. — Deloison, *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, n° 438. Jarjavay, *Droits et oblig. des actions*, p. 138. — Vavasseur, *op cit.*, II, n° 208. Dalloz, *Rép.*, n° 1552, et *Supp.*, n° 1693. — Ruben de Couder, v° Société anonyme, n° 436. — Cass., 14 février 1853. Sirey, 53, 1, 424. D. P., 53, 1, 44. — Cass., 17 avril 1855. Sirey, 55, 1, 652. D. P., 55, 1, 213. — Paris, 19 avril 1875. Sirey, 76, 2, 113. D. P., 75, 2, 161. — Cass., 21 juin 1881. D. P , 81, 1, 465. — Besançon, 29 juillet 1889. Sirey, 91, 2, 107. D. P., 90, 2, 331. — Paris, 30 juillet 1891. J. S., 1892, 107. P. F., 1892, 2, 220. — Douai, 30 décembre 1891. Sirey, 92, 2, 317. — Bourges, 6 avril 1892. Sirey, 93, 2, 213. D. P., 93, 2, 347. — Cass., 14 avril 1893 Sirey, 97, 1, 487. D. P., 94, 1, 91.

ne peuvent être opérées qu'avec le vote unanime des associés. Ce système, qui paraît être l'expression de la jurisprudence la plus récente [1], constitue une transaction entre les deux théories extrêmes. On peut lui reprocher de ne pas indiquer de criterium précis qui permette de diviser sûrement les modifications aux statuts, en modifications simples et modifications empiriques. La distinction proposée, tout en répondant à une conception équitable et pratique, manque de stabilité et ne s'établit que par des classements empiriques et peu sûrs. Cette théorie tend cependant à se généraliser.

Lorsque les statuts sont modifiés par un vote de l'assemblée générale des actionnaires, ces modifications sont astreintes à certaines formalités, dont l'omission entraîne, pour les administrateurs, une responsabilité civile analogue à celle que leur fait encourir la nullité de la société.

L'article 61 de la loi de 1867, porte, en effet : « *Sont soumis aux formalités et pénalités prescrites par les articles 55 et 56, tous actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts, la continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, sa dissolution avant ce terme et le mode de liquidation, tout changement ou retraite d'associés et tout changement*

(1) Thaller, *Traité élémentaire*, nos 571, 572 et suiv. — Thaller, note dans D. P., 1893, 1, 105. — Cons. Lyon-Caen et Renault, *Précis*, no 491. — Cass., 21 juin 1881. Sirey, 1885, 1, 107. D. P., 1881, 1, 465. — Cass., 20 décembre 1882. Sirey, 83, 1, 198. D. P., 83, 1, 301. — Cass., 30 mai 1892. Sirey, 92, 1, 561. D. P., 93, 1, 105. — Cass., 31 octobre 1893. Sirey, 94, 1, 12. D. P., 94, 1, 320. — Cass., 18 juillet 1894. Sirey, 94, 1, 409. — Cass., 26 novembre 1894. Sirey, 95, 1, 133. D. P., 95, 1, 57. — Cass., 29 mars 1898. Sirey, 1901, 1, 70. D. P., 99, 1, 595. — Cass, 18 octobre 1899. Sirey, 1901, 1, 81. D. P., 99, 1, 567. — Orléans, 9 janvier 1901. D. P., 1903, 2, 201.

à la raison sociale. Sont également soumises aux dispositions des articles 55 et 56 les délibérations prises dans les cas prévus par les articles 19, 37, 46, 47 et 49 ci-dessus. »

En d'autres termes, les modifications aux statuts doivent être publiées comme le contrat initial de société. Les termes de l'article 61 sont extrêmement compréhensifs et permettent de croire, *à priori*, que la publication s'impose pour toute modification aux statuts. Cette interprétation n'est pas exacte; le but et l'utilité de la publication conduisent à proposer une distinction suivant l'effet des modifications. Si elles ne concernent que les associés et se bornent à modifier les rapports qu'ils ont entre eux, chaque fois qu'il s'agit d'organisation intérieure ou d'administration sociale, la publication n'est pas nécessaire, puisqu'elle constitue une garantie instituée dans l'intérêt exclusif des tiers et que les tiers ne peuvent ressentir aucun effet de ces modifications. On doit donc conclure de là que l'article 61 ne s'applique pas aux modifications de ce genre et que par conséquent les administrateurs ne pourront point être recherchés en responsabilité pour avoir négligé d'en opérer la publication [1].

Dans cette première classe de modifications aux statuts, on doit ranger les changements portant sur la répartition des bénéfices entre les associés, la constitution de réserves conventionnelles et les fonds d'amortissement, les appointements des administrateurs, leur révocation, la confection des inventaires et des bilans, etc....

(1) Houpin, II, n° 1028. — P. Pont, n°s 1188 et 1189. — *Contra:* Lyon-Caen et Renault, n° 201.

Si, au contraire, les modifications votées par les actionnaires intéressent les tiers et si notamment elles altèrent le sens ou la portée des clauses figurant dans l'extrait qui a été publié au début de la vie sociale, la publication est nécessaire. Il importe de remarquer, au surplus, que l'énumération donnée par l'article 61 est purement énonciative et que l'on devra considérer comme astreintes à la publication, indépendamment des changements prévus par cet article, les modifications suivantes; augmentation, réduction du capital social, changement du siège social, interdiction faite au conseil d'administration d'hypothéquer les immeubles sociaux.

Le défaut de publication des changements de cette nature entraîne assurément au regard des tiers leur nullité; nullité qui se limite rigoureusement à la modification seule dont la publication était nécessaire, mais qui ne peut pas agir rétroactivement et atteindre la validité de l'acte initial de société.

Ce défaut de publication, la nullité qui en est la conséquence, font naître une responsabilité à la charge de ceux qui avaient la mission de l'accomplir; ce sont les administrateurs.

Il est évident que seuls ils sont responsables de la nullité ainsi encourue, à l'exclusion des fondateurs, dont le rôle est terminé depuis le jour où la société a été définitivement constituée [1].

La responsabilité des administrateurs naît en pareille hypothèse de l'article 42 de la loi de 1867 dont nous

(1) Houpin, II, n° 1044. — P. Pont, n° 1294. — Lyon-Caen et Renault, *Traité*, n° 794.

avons déjà analysé les termes. On contestait sous le régime de la loi de 1867 que l'article 42 s'appliquât à la nullité des modifications des statuts; les mots « actes et délibérations » avaient été, pensait-on, oubliés par mégarde dans le texte et provenaient de l'article 38 du projet où leur place était indiquée, car l'article 37 de ce même projet prévoyait spécialement, en deux dispositions distinctes, d'une part la nullité de la société et d'autre part la nullité des actes et délibérations postérieurs. Or cette deuxième partie de l'article 37 du projet fut reproduite dans l'article 61 de la loi et, malgré cela, l'article 42 conserva les termes mêmes de l'article 38 du projet, y compris les mots « actes et délibérations. » Ces deux mots n'avaient plus de sens, car l'article 38 organisait des responsabilités pour chacun des cas prévus par l'article 37; comme ce dernier, devenu l'article 41 de la loi, ne parlait plus des « actes et délibérations, » la reproduction de ces expressions dans l'article 42 de la loi ne pouvait être que le résultat d'un oubli. La Cour de cassation le décida ainsi et déclara que ces mots « actes et délibérations » devaient être réputés « non écrits (1). »

Avant la loi du 1er août 1893, cette élimination présentait, au point de vue de la responsabilité des administrateurs, un intérêt considérable. La conséquence de l'interprétation donnée par la Cour suprême à l'article 42 était de replacer les administrateurs sous l'empire de l'article 44, pour déterminer la responsabilité qu'ils encouraient à raison du défaut de publication des changements apportés aux statuts. Ils échappaient

(1) Cass., 16 janvier 1878. Sirey, 78, 1, 441.

ainsi aux lourdes sanctions admises en faveur des tiers et bénéficiaient du régime de droit commun.

Depuis la loi de 1893, la question n'offre plus qu'un intérêt rétrospectif.

Aujourd'hui, lorsque les administrateurs ont négligé de publier des modifications aux statuts, astreintes par leur caractère à cette formalité, ils sont responsables envers les tiers et les actionnaires, mais seulement dans la limite du préjudice éprouvé par ceux-ci. Les tiers et les actionnaires n'ont, pas plus en ce cas qu'au cas de nullité de la société, à prouver qu'une faute a été commise par les administrateurs. L'infraction à la loi existe et, par le seul fait qu'elle existe, elle fait naître la responsabilité des administrateurs qui étaient en fonctions au moment où la publication eût dû être faite. Les tiers et les actionnaires n'ont donc à établir, pour justifier leur action en responsabilité, que l'existence d'un dommage et la relation de cause à effet entre la nullité de la modification aux statuts et le préjudice éprouvé.

Ce sont des règles que nous avons déjà examinées et qui s'appliquent de la même façon, lorsqu'il s'agit de nullité de modifications aux statuts, qu'au cas de la nullité de la société elle-même.

Ajoutons enfin que les modifications aux statuts régulièrement votées et régulièrement publiées peuvent également justifier une action en responsabilité contre la société, lorsqu'il est établi qu'elles sont préjudiciables aux intérêts sociaux et que les administrateurs ont employé des procédés dolosifs pour déterminer les actionnaires à les voter. C'est ce que nous allons voir en examinant les plus importantes des modifications aux statuts.

SECTION II

Fusion de sociétés

La fusion de deux ou plusieurs sociétés en une seule est un contrat innomé qu'autorise le principe général de la liberté des conventions. Elle peut être décidée par la majorité des actionnaires de chacune des sociétés faisant l'objet de la fusion, si les statuts de chacune d'entre elles prévoient et autorisent cette opération. L'unanimité de tous les associés est, au contraire, indispensable si les statuts ne prévoient pas la fusion.

La fusion peut avoir pour résultat soit d'absorber plusieurs sociétés en une seule, soit de substituer une société nouvelle aux sociétés fusionnées qui disparaissent.

S'il y a création d'une société nouvelle, les sociétés anciennes sont forcément dissoutes, d'où l'obligation pour les associés de réunir une assemblée générale, après avoir rédigé de nouveaux statuts, de nommer un nouveau conseil d'administration, de procéder aux publications et à toutes les formalités constitutives des sociétés. L'inobservation de ces règles et de ces prescriptions constitutives fera naître, à la charge des fondateurs et des administrateurs de la société nouvelle, la responsabilité civile que nous avons étudiée précédemment.

Observons toutefois que, dans le cas de fusion, les administrateurs des sociétés fusionnées jouent en général le rôle de fondateurs de la société nouvelle, car ce sont eux qui proposent la fusion aux assemblées

générales de leurs sociétés respectives, en obtiennent le vote et en assurent l'exécution. Ils sont donc responsables, en pareil cas, de la nullité qui leur est imputable. (Art. 42.)

Si la fusion ne crée pas une société nouvelle et se borne à englober une société dans une autre, il y a lieu à publication à peine de nullité de l'opération et cette publication incombe aux administrateurs de la société qui subsiste sous leur responsabilité solidaire. (Art. 42.) Si la fusion a pour effet de transférer d'une société à l'autre la propriété de biens immeubles, les administrateurs sont tenus également d'en requérir la transcription. Ils seront responsables envers la société et les tiers des conséquences du défaut de transcription.

Enfin, la fusion est une mesure grave qui exige de la part des administrateurs des sociétés fusionnées un redoublement de précautions et de soins. Ils doivent la présenter au vote des actionnaires, sans rapports mensongers ; autrement ils seraient très justement déclarés responsables des conséquences d'une fusion que les actionnaires n'auraient acceptée que sur la foi de leurs déclarations trompeuses.

Ils doivent s'assurer au nom de la société cédante que la société cessionnaire est en mesure d'acquitter le passif qu'elle prend à sa charge ; on ne va pas cependant jusqu'à décider qu'ils encourent une responsabilité par cela seul qu'ils ne stipulent pas de garanties [1]. Leur responsabilité doit se mesurer ici d'après la liberté qui leur a été laissée; si l'assemblée des actionnaires a approuvé le traité de fusion, les administra-

(1) Houpin, I, 631. — Cass., 19 février 1890 R. S., 1890, 176.

teurs ne sont responsables qu'autant qu'ils ne l'ont pas exécuté; si l'assemblée n'a fait qu'approuver le principe de la fusion et si ce sont les administrateurs qui ont rédigé le traité, ils sont responsables des omissions ou des fautes que ne commettrait pas un bon administrateur de droit commun. Nous n'hésiterions pas, par exemple, à proclamer la responsabilité d'un conseil d'administration d'une société cédante qui n'a stipulé de la part de la compagnie cessionnaire aucune garantie pour assurer le paiement de son passif pris en charge par cette dernière, s'il est établi que le passif de la société cessionnaire au moment de la fusion était tel que l'actif réuni de chacune des deux sociétés était insuffisant pour en opérer l'extinction.

SECTION III

Transformation de sociétés

La transformation d'une société en commandite par actions en société anonyme, ou d'une société civile en une société commerciale à forme anonyme ne soulève que des questions déjà examinées.

Si l'on admet que la transformation d'une société en commandite en une société anonyme crée une société nouvelle, la responsabilité des administrateurs à raison des irrégularités de cette transformation est exactement la même que celle encourue par eux au cas de nullité de société. On considère, en effet, dans une opinion, que la transformation d'une société en commandite par actions en société anonyme, provoque la dissolution de la première et la création de la seconde [1]. D'autres auteurs résolvent cette question par une distinction et décident qu'il n'y a pas société nouvelle lorsque la transformation, prévue par les statuts et exécutée en conformité du pacte social originaire, s'exécute sans éléments nouveaux. Il y a au contraire création d'une société nouvelle, si la transformation n'a pas été prévue par les statuts ou, si l'ayant été, elle s'opère avec le concours d'éléments nouveaux comme associés, ou comme capitaux [2].

Lors donc que la transformation de la société aboutit à la constitution d'une nouvelle société, la nullité de

(1) Lyon, 7 février 1868. Sirey, 68, 2, 165. — *Contra :* Besançon, 15 juin 1869. Sirey, 70, 2, 105.

(2) Vavasseur, *op. cit.*, n° 456. — Houpin, *op. cit.*, n° 636.

cette nouvelle société entraîne pour les fondateurs et les administrateurs la responsabilité prévue par l'article 42 de la loi de 1867. Et si la première société, la société la plus ancienne était-elle nulle, sa nullité ne provoque pas forcément la nullité de la seconde qui a une existence juridique absolument distincte. Seuls, les administrateurs de la première société sont responsables des conséquences de sa nullité.

Il en est différemment, quand la transformation s'opère sans créer de société nouvelle. La transformation n'est plus ici qu'un acte de la vie sociale et les irrégularités qu'elle peut comporter ne constituent de la part des administrateurs que de simples actes de gestion, soumis au point de vue de la responsabilité à la sanction de l'article 44. Mais, dans cette hypothèse, la nullité de la société primitive entraîne la nullité de la transformation, si bien que les personnes responsables de cette nullité aux termes de l'article 8 de la loi de 1867 répondent également du préjudice que cause la nullité de la transformation.

La transformation d'une société civile en une société anonyme, autorisée par l'article 7 de la loi du 1er août 1893, peut également donner naissance à une société nouvelle. C'est ce qui arrive lorsque la société civile n'était pas constituée dans les termes de la loi de 1867 et que la transformation aboutit à lui substituer une société d'un type différent. Il y a donc lieu d'accomplir toutes les formalités constitutives d'une société anonyme et leur inobservation justifiera l'application, aux fondateurs et aux administrateurs, de la responsabilité prévue par l'article 42.

Si la société civile a été constituée conformément aux

règles de la loi de 1867, il n'y a pas constitution d'une société nouvelle, mais simplement substitution du caractère commercial au caractère civil de la société. C'est un acte d'administration intérieure que l'article 42 ne peut pas sanctionner. Les fautes que les administrateurs commettent en opérant cette transformation sont des actes de gestion prévus par l'article 44. Cependant, comme la délibération autorisant et exécutant cette transformation doit être publiée, la nullité qui résulterait de l'omission de cette formalité devrait rentrer dans le domaine de l'article 42 qui prévoit la nullité « des actes et délibérations » ? Cela serait exact, si l'on interprétait le texte à la lettre ; or la jurisprudence a décidé d'une façon très nette que la nullité des actes et délibérations devait être réprimée, non pas avec la sanction de l'article 42, mais avec celle de l'article 44. — Cass., 16 janvier 1878 (1).

(1) D. P., 79, 1, 209.

SECTION IV

Augmentation du capital social

C'est un point fort discuté en doctrine que celui de savoir si une augmentation de capital entraîne la constitution d'une société nouvelle. MM. Lyon-Caen et Renault, P. Pont et Griolet l'ont soutenu [1], en admettant toutetois comme correctif, que l'augmentation du capital constituait une simple modification des statuts si ceux-ci l'avaient prévue et autorisée. La jurisprudence ne se montre pas, en général, favorable à l'idée de création d'une société nouvelle [2], et nous sommes porté à adopter cette opinion, sans qu'il y ait lieu, croyons-nous, d'examiner si les statuts prévoient ou non cette augmentation.

Cette opération se réalise, en pratique, de différentes façons ; soit en dédoublant les actions existantes entre les mains de leurs propriétaires ; soit en émettant de nouvelles actions que souscriront de nouveaux actionnaires ou que l'on réserve aux anciens ; soit en distribuant aux actionnaires, sous forme d'actions nouvelles, une fraction des fonds de réserve ; soit en acceptant de nouveaux apports en nature en échange desquels les apporteurs reçoivent de nouvelles actions ; soit enfin en remettant des actions nouvelles aux créanciers sociaux pour les désintéresser.

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, n° 870. — Pont, *Sociétés*, n° 1089. — Note de G. Griolet. D. P., 69, 2, 145.

(2) Grenoble, 28 décembre 1871. Sirey, 72, II, 37. — Cass., 9 janvier 1878. Sirey, 78, 1, 409. — Cass , 12 février 1879. Sirey, 79, 1, 217.

De toutes façons, l'augmentation du capital social est une mesure grave qui excède les pouvoirs des administrateurs. Ceux-ci ne peuvent pas y procéder eux-mêmes à moins que les statuts ne les y autorisent expressément et jusqu'à concurrence d'un chiffre déterminé. En fait, les administrateurs ont, en pareil cas, à exécuter les délibérations de l'assemblée générale des actionnaires. Mais qu'ils soient de simples agents d'exécution ou qu'ils usent d'une faculté qui leur est personnellement accordée par les statuts, ils ont la charge de procéder régulièrement à cette augmentation. Or, cette opération, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas formation d'une société nouvelle, est soumise aux prescriptions de la loi de 1867, car elle intéresse directement les tiers (1).

Il est donc nécessaire que le capital nouveau soit intégralement souscrit, que la quotité légale en soit versée, que cette souscription et ce versement soient constatés dans une déclaration notariée, que cette déclaration notariée soit vérifiée et que les apports en nature et les avantages particuliers soient également vérifiés.

La sanction de ces prescriptions est la nullité ; mais seulement la nullité de l'augmentation du capital social. On comprend, en effet, que cette nullité ne puisse pas atteindre la société originaire et en compromettre la validité (2). La nullité de l'augmentation ne peut pas entraîner la nullité de la société ; car tous ses éléments constitutifs essentiels demeurent absolument intacts.

(1) Cass., 27 janvier 1873. Sirey, 73, 1, 163. D. P., 73, 1, 371.

(2) Cass., 21 juillet 1879. Sirey, 80, 1, 5. D. P., 79, 1, 321. — Cass., 12 avril 1881. D. P., 81, 1, 433. — Paris, 23 mai 1887. D. P., 88, 2, 73. — Cass., 21 janvier 1895. Sirey, 95, 1, 77. D. P., 1895, 1, 112.

Les administrateurs en fonctions sont responsables de cette nullité et leur responsabilité naît du seul fait qu'ils sont en fonctions au moment où sont accomplies les opérations qui réalisent l'augmentation de capital [1]. Tel n'est point cependant l'avis de M. Vavasseur qui se refuse à admettre que les administrateurs encourent une responsabilité à raison des augmentations de capital au cours de la vie sociale [2]. L'article 42 de la loi de 1867 ne s'applique pas à cette hypothèse. « Aucune formalité spéciale, dit cet auteur, n'est prescrite en pareil cas par la loi qui n'a réglementé que la création des sociétés. S'il y avait responsabilité, ce ne serait donc jamais pour la nullité de l'opération, occasionnée par un vice de forme et en vertu de l'article 42, mais seulement pour des infractions ou des fautes, par application de l'article 44. » On ne peut admettre la conclusion de M. Vavasseur, comme justifiant la proposition qu'il entend démontrer. Si l'on considère avec lui que la nullité de l'augmentation du capital social n'autorise pas l'application de l'article 42, cela veut-il dire que les administrateurs échapperont à toute responsabilité ? Non, sans nul doute ; puisque les infractions à la loi permettent de les poursuivre en vertu de l'article 44.

Ajoutons, au surplus, que l'intérêt d'une pareille discussion est absolument nul, car, d'un côté, la jurisprudence a adopté depuis près de trente ans l'idée que la responsabilité dérivant des actes et délibérations devait être réprimée par le seul article 44, et d'un autre côté, la loi du 1er août 1893 a supprimé la diffé-

(1) Houpin, *op. cit.*, n° 673. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 871. — Cass., 23 janvier 1873. Sirey, 73, 1, 163. D. P., 73, 1, 371.
(2) Vavasseur, *op. cit.*, t. II, n° 843.

rence qui existait entre l'étendue de la responsabilité suivant qu'elle était édictée par l'article 42 ou l'article 44.

Les administrateurs sont donc responsables, mais les fondateurs ne le sont pas [1]. La nullité de l'augmentation ne peut leur être imputable, car les fondateurs ont depuis longtemps cessé leurs fonctions.

La responsabilité des premiers trouve son fondement dans une infraction à la loi, même dans une simple négligence, sans qu'il soit nécessaire qu'ils aient accompli un acte dolosif ou frauduleux. Aussi seront-ils, à plus forte raison, responsables s'ils sont coupables de dol ou de fraude.

Cette responsabilité étant régie par les règles du droit commun, elle n'existe au profit des actionnaires et des tiers que dans la mesure du préjudice qui leur est causé par la nullité de l'augmentation du capital social. Cette règle, fixée définitivement par la loi du 1er août 1893, était autrefois fort discutée en doctrine [2].

Si la nullité de l'augmentation de capital est sans influence sur la société elle-même et sa validité, en revanche, la nullité de la société entraîne, et cela est logique, la nullité de l'augmentation, de telle sorte que les personnes responsables de la nullité originaire seront tenues également de réparer le préjudice causé aux souscripteurs du nouveau capital ou aux tiers, qui, sur la foi inspirée par cette augmentation, avaient consenti à la société de nouveaux crédits.

(1) Alauzet, I, n° 557. — Lyon-Caen, *Traité*, II, n° 794. — Wahl, n° 98. — *Pandectes*, v° Sociétés, n° 13027.

(2) Paris, 28 décembre 1891. R. S., 1892, p. 236. — Cass., 15 mars 1895. J. S., 1895, p. 392. — Orléans, 14 août 1895. R. S., 1895, p. 628.

SECTION V

Réduction du capital social

Cette mesure est fréquemment adoptée par les sociétés qui se trouvent dans une mauvaise situation financière ; comme le chiffre du capital social figure au passif de tout bilan bien rédigé, on comprend que, plus il est réduit, plus il est facile de trouver des éléments d'actif qui le balanceront. Elle se réalise soit par la réduction du taux nominal de l'action, ce qui est le mode le plus usité, soit par la réduction du nombre des actions. Le premier moyen se ramène à une simple opération d'écritures, car la valeur qui est réduite est la seule valeur nominale de l'action, qui conserve toujours sa valeur objective de négociation. La réduction du nombre des actions s'effectue par l'échange de deux ou de plusieurs actions contre une nouvelle action ou par le remboursement ou le rachat d'un certain nombre d'actions.

La réduction du capital social excède les pouvoirs des administrateurs ; elle doit être autorisée par les statuts ou par une assemblée générale des actionnaires. Les administrateurs, en exécutant cette délibération, n'accomplissent donc que de simples actes de gestion dont l'étude générale sera exposée plus loin.

Les administrateurs ne peuvent pas, sans y être expressément autorisés par les statuts ou l'assemblée générale, employer les capitaux sociaux à racheter des actions de la société. Une pareille opération engagerait indiscutablement leur responsabilité (1).

(1) Toulouse, 14 juin 1887. R. S., 1888, p. 40.

CHAPITRE III

RESPONSABILITÉ RÉSULTANT DES ACTES DE GESTION

SECTION I^re^

Caractères généraux de la responsabilité

La responsabilité qu'encourent les administrateurs à raison de leur gestion est édictée, dans son principe, par deux textes : l'article 44 de la loi de 1867 et l'article 32 du Code de commerce, ainsi conçus :

Article 44, loi de 1867. *Les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement suivant les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs.*

Article 32, C. comm. *Les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu. Ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société.*

Les termes employés par le législateur de 1867 montrent son intention formelle d'appliquer à la responsa-

bilité des administrateurs les principes du droit commun, c'est à-dire les règles générales du mandat et les principes ordinaires de la responsabilité civile.

L'article 44 de la loi de 1867 appelle cependant deux observations :

1° En disant que les administrateurs « sont responsables », la loi indique bien que les tribunaux sont obligés de prononcer la responsabilité quand le fait délictuel ou quasi-délictuel est constant et que le préjudice est démontré.

2° Si l'on rapproche ce texte des dispositions de la même loi relatives aux membres des conseils de surveillance des sociétés en commandite par actions, on est frappé de la différence avec laquelle sont traités ces derniers. L'article 9 porte, en effet : *Les membres du conseil de surveillance n'encourent aucune responsabilité en raison des actes de la gestion et de leurs résultats. — Chaque membre du conseil de surveillance est responsable de ses fautes personnelles, dans l'exécution de son mandat, conformément aux règles du droit commun.* Les administrateurs de sociétés anonymes sont donc placés sous le coup d'une sanction beaucoup plus sévère et beaucoup plus étendue que les membres des conseils de surveillance. La raison en est facile à indiquer. Dans la société anonyme, les gérants, ce sont les administrateurs eux-mêmes ; ce sont eux qui accomplissent les actes de gestion, et les fautes qu'ils commettent dans cette gestion sont leurs fautes personnelles. Au contraire, dans la société en commandite, les membres du conseil de surveillance n'ont qu'une mission de contrôle; il y a à côté d'eux un gérant qui dirige la société sous sa responsabilité personnelle, et les

fautes de gestion sont, d'abord et avant tout, ses fautes propres.

D'une façon générale, l'article 44 de la loi de 1867 et l'article 32 du Code de commerce ne créent pas un principe nouveau, ils ne font que renvoyer au droit commun : inobservation des règles du mandat et responsabilité quasi délictuelle; si bien qu'en dernière analyse, le fondement juridique de la responsabilité des administrateurs à raison de leur gestion est l'idée primordiale d'une faute par eux commise. Au regard des actionnaires, la violation des règles du mandat constitue un manquement à un engagement conventionnel, une faute contractuelle. A l'égard des tiers, comme il n'y a pas de contrat entre les administrateurs et eux, c'est la théorie générale des articles 1382 et 1383 du Code civil qui régit la responsabilité.

Nous conclurons donc de ces considérations que la bonne foi des administrateurs est sans influence sur leur responsabilité, car ils doivent répondre non seulement de leur dol, mais aussi de leur simple faute, du quasi-délit exclusif de toute intention de nuire. Il en doit être de même de la gratuité du mandat, dans laquelle les administrateurs ne sauraient puiser un motif d'absolution. N'oublions pas, en effet, que le mandat est gratuit de sa nature. Mais cependant, si la gratuité de leurs fonctions importe peu, on doit, suivant l'opinion générale, en décider autrement lorsque leurs fonctions sont salariées. Il est juste de considérer que la responsabilité doit être appréciée d'autant plus sévèrement que le mandat est mieux rémunéré. Le salaire qu'ils reçoivent étant une légitime compensation pour le temps qu'ils consacrent à la gérance de la société,

ils doivent à leurs fonctions un zèle plus grand, un labeur plus étendu que s'ils sont des mandataires gratuits[1]. Et les juges se montreront, avec raison, plus rigoureux dans l'appréciation de la responsabilité d'un administrateur rémunéré que s'ils se trouvent en face de personnes ayant accepté bénévolement des fonctions qui demeuraient sans profit pour elles.

Dans la plupart des cas, en effet, le salaire des administrateurs est constitué par un prélèvement spécial, que les statuts les autorisent à pratiquer sur les bénéfices nets. Cette méthode présente l'avantage de les intéresser directement à la prospérité de l'affaire dont ils ont assumé la direction. Elle présente, par contre, l'inconvénient d'inciter parfois les administrateurs indélicats à majorer les bénéfices par des procédés illicites, à distribuer même des dividendes fictifs pour augmenter le montant de leur rémunération. Les juges du fait auront, en pareil cas, à rechercher si tel était le but que se proposaient les administrateurs et si l'on doit, en conséquence, aggraver leur responsabilité en raison de cette circonstance qu'ils ont favorisé leurs intérêts personnels au détriment des intérêts sociaux dont ils avaient la garde.

(1) Cass., 2 janvier 1832. D. P., 32, 1, 62. — Cass., 13 janvier 1869. Sirey, 69, 1, 209. — Trib. comm. Seine, 7 février 1887 *La Loi*, 18 février 1887.

SECTION II

Division des actes de gestion

Lorsqu'une société est régulièrement constituée, son existence légale commence à l'assemblée générale qui a nommé les premiers administrateurs et vérifié la sincérité de la déclaration notariée, lorsque les premiers administrateurs ont accepté leurs fonctions. Le rôle des fondateurs prend fin au même instant et, dès ce moment, la société fonctionne sous la direction des administrateurs, avec le contrôle des commissaires de surveillance et de l'assemblée des actionnaires.

La direction générale incombe aux membres du conseil d'administration qui sont, en fait, les gérants de l'entreprise. A l'occasion de cette gestion, au cours de l'exercice de leurs fonctions, ils peuvent encourir une responsabilité civile à l'égard de la société et des tiers. C'est une responsabilité de droit commun, qui naît à la fois de la théorie générale de l'article 1382 et des règles du mandat.

Les actes juridiques qui la font apparaître et lui donnent naissance peuvent se diviser en trois catégories :

1° Les infractions à la loi ;

2° Les infractions aux statuts ;

3° Les fautes de droit commun.

§ 1er. — *Infractions à la loi*

Les prescriptions légales, chaque fois qu'elles sont violées par les administrateurs, engagent leur respon-

sabilité. Cela ne signifie pas cependant que toute infraction commise doit nécessairement amener une condamnation en dommages-intérêts. Comme il s'agit ici d'une responsabilité soumise aux règles du droit commun, l'action des associés et des tiers contre les administrateurs suppose une infraction commise par ces derniers et un préjudice découlant de cette infraction. Ici comme ailleurs, l'intérêt est la mesure de l'action.

Les infractions dont il s'agit dans l'article 44 de la loi de 1867 sont celles qui n'entraînent pas la nullité de la société.

Les administrateurs, dit l'article 44, *sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement suivant les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs.*

Les prescriptions de la loi se divisent en deux groupes distincts : d'une part, les formalités constitutives dont l'inobservation entraîne la nullité ; d'autre part, les dispositions réglant la marche et le fonctionnement de la société, dont la véritable sanction est la responsabilité pécuniaire des administrateurs. Ce sont ces prescriptions que nous allons indiquer, et l'énumération qui en sera donnée détermine, par là même, les cas de responsabilité, puisque, chaque fois qu'elles sont violées, les administrateurs sont, en principe, engagés vis-à-vis des associés ou des tiers. Nous savons, en effet, quelle est la sanction ; reste seulement à préciser les prescriptions auxquelles elle est attachée.

Lorsque la société est en marche, les devoirs des administrateurs sont d'abord ceux qui incombent à tout mandataire et en plus ceux que leur imposent les textes spéciaux à leurs fonctions.

1° Ils doivent, pendant le trimestre qui précède la réunion ordinaire de l'assemblée des actionnaires, communiquer aux commissaires les livres de la société, et cela toutes les fois que ces derniers le jugent convenable (art. 33). Cette mesure est l'indispensable corollaire de la mission donnée aux commissaires par la loi, elle rend efficace le contrôle dont ils sont chargés et que sanctionne la faculté qui leur est accordée de pouvoir toujours, en cas d'urgence, convoquer l'assemblée générale. Le résultat de leurs investigations dans la marche des affaires sociales doit leur dicter leur conduite.

Les administrateurs se rendent donc coupables d'une infraction à la loi, lorsqu'ils refusent aux commissaires la communication de quelque document intéressant le fonctionnement de la société. Il est bien certain, en effet, que le mot « livre », employé par la loi, doit être entendu dans son sens le plus large et s'étend à toute pièce dont la connaissance est nécessaire pour que le contrôle des commissaires puisse s'exercer utilement[1]. Les administrateurs doivent être déclarés responsables du préjudice qu'a pu causer, soit leur refus de communiquer, soit la dissimulation aux commissaires de documents nécessaires à leur surveillance, soit la communication de documents inexacts ou falsifiés.

2° Les administrateurs sont tenus, sous leur responsabilité propre, de dresser chaque semestre un état

(1) P. Pont, *op. cit.*, II, n° 1657. — Houpin, *op. cit.*, II, n° 853.

sommaire de la situation active et passive de la société et d'établir chaque année un inventaire général. L'article 34 de la loi de 1867 impose aux sociétés l'obligation de faire un inventaire annuel, édictée déjà par l'article 9 du Code de commerce. Ce sont les administrateurs qui sont chargés de ce soin, à moins qu'ils ne se soient substitué un directeur ou un administrateur délégué dont ils répondent au regard de la société.

Cet inventaire et le bilan qui en est le résumé, la synthèse, sont, avec le compte de profits et pertes, mis à la disposition des actionnaires le quinzième jour au plus tard qui précède l'assemblée générale. Les administrateurs doivent donc faire cet inventaire et rédiger ce bilan, et ce d'une façon rigoureusement exacte. La portée de cette prescription, son intérêt considérable, disent toute l'importance qu'il faut attacher ici à la sincérité des mentions insérées par les administrateurs. Ce sont l'inventaire et le bilan qui, seuls, renseignent les actionnaires sur la marche de la société, sur le sort de leurs intérêts et leur permettent de voir, dans une sorte de tableau synoptique, l'évolution des affaires sociales, la marche progressive ou régressive de chacun des éléments de l'actif et du passif. Si les administrateurs, dans un intérêt quelconque, se proposent de masquer aux yeux des actionnaires la réalité de la situation, ce sont toujours l'inventaire et le bilan qui sont utilisés dans ce but. Veut-on, par exemple, dissimuler aux actionnaires la situation très précaire d'une société dont le capital social est perdu, au delà des trois quarts de son montant initial, et sur la dissolution de laquelle les actionnaires doivent être appelés à délibérer? Il suffit aux administrateurs de majorer l'actif, d'y intro-

duire des valeurs fictives ou d'exagérer les valeurs réelles, de porter, par exemple, pour leur chiffre intégral des créances d'un recouvrement désespéré, d'exagérer la valeur des effets en portefeuille, etc. ; ces procédés, si les commissaires ne les dévoilent pas, trompent infailliblement les actionnaires dont les moyens de contrôle sont restreints et qui, dans la réalité, n'en usent que fort peu. On comprend donc sans peine que ces fautes dans la confection des inventaires et des bilans engagent la responsabilité des administrateurs qui les ont commises [1]. La loi ne les oblige pas seulement à faire un inventaire, elle veut en outre que ce soit un inventaire exact et sincère. Les membres du conseil d'administration sont responsables de sa confection, de son exactitude, de sa sincérité.

3° *Il est tenu*, dit l'article 27, *chaque année au moins, une assemblée générale à l'époque fixée par les statuts.* Cette prescription s'adresse à la société ; ce sont donc les administrateurs qui doivent veiller à son exécution et c'est à eux qu'appartient le droit et qu'incombe le devoir de convoquer l'assemblée des actionnaires [2].

Il peut arriver que les administrateurs, désireux d'éviter le contrôle des associés ou redoutant des révélations compromettantes, cherchent à éluder cette obligation. La société ne se trouvera pas pour autant désarmée ; nous avons vu, en effet, que les commissaires

(1) Grenoble, 6 juillet 1875. Sirey, 76, 2, 103. — Cass., Req., 24 octobre 1892. D. P., 92, 1, 600. — Paris, 28 juin 1894. D. P., 95, 2, 523. — Paris, 5 août 1890. D. P., 93, 1, 49.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n° 849. — P. Pont, *op. cit.*, n° 1513.

tiennent de l'article 33 le droit de convoquer, en cas d'urgence, l'assemblée générale. Cette urgence apparaît dès que les commissaires établissent l'inertie calculée, la négligence volontaire des administrateurs. Si les commissaires n'interviennent pas, les actionnaires peuvent-ils convoquer l'assemblée générale ? Cela n'est pas douteux, si les statuts leur donnent ce droit. Si le pacte social est muet, les actionnaires peuvent d'abord commencer par mettre les administrateurs en demeure d'avoir à convoquer l'assemblée [1], mais ils ne peuvent pas, sur leur initiative individuelle, faire cette convocation [2]. La seule ressource que l'on puisse alors leur reconnaître est l'autorisation de justice qui peut être accordée par le tribunal de commerce à un ou plusieurs actionnaires, de provoquer une réunion des actionnaires. Cela présente un réel intérêt, car il se pourrait que les administrateurs, dans le but de retarder encore et d'éviter, si possible, leur comparution devant l'assemblée, donnent leur démission. Nous ne doutons pas qu'en pareille occurrence, les tribunaux aient le droit de confier à des actionnaires ou même à des tiers, mandataires de justice, le soin de convoquer l'assemblée générale.

De toutes façons, si les administrateurs ont violé la prescription de l'article 27 et si l'assemblée générale annuelle n'a pas été convoquée, ils sont responsables des conséquences de cette omission ; conséquences parfois fort onéreuses. Supposons par exemple que le conseil d'administration, se rendant compte de la situation

(1) Houpin, *op. cit.*, II, n° 895. — Alauzet, *op. cit.*, n° 746.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 849. — Vavasseur, *op. cit.*, n°s 593, 745 et 906.

critique de la société et prévoyant que les actionnaires n'hésiteront pas à voter la dissolution, craignent qu'au cours de la liquidation, ils ne soient l'objet d'actions en responsabilité. Ils négligent sciemment de réunir l'assemblée générale, de façon à commencer un nouvel exercice social sans avoir fait approuver leur gestion de l'exercice précédent. Ce nouvel exercice annuel aggrave encore la situation ; au lieu de réaliser des bénéfices qui eussent permis aux administrateurs de masquer les fautes de leur gestion antérieure ou tout au moins de se les faire pardonner, la société s'engage plus profondément dans le désordre et la ruine. Lorsque la faillite survient, les actionnaires peuvent assurément attaquer les administrateurs et leur dire : « Si vous nous aviez convoqués en assemblée générale comme la loi vous commandait de le faire, nous aurions été renseignés sur le sort de nos intérêts, nous aurions pris des mesures pour améliorer la situation, nous aurions prononcé la dissolution de la société à un moment où il était encore possible de conjurer la ruine. Vous êtes donc responsables de la perte que nous éprouvons de ce fait et vous répondrez vis-à-vis des tiers du passif engagé depuis l'époque où l'assemblée générale eût dû être convoquée, si la liquidation ne permet pas de l'éteindre intégralement [1]. »

Il ne suffit pas, au reste, que les administrateurs convoquent l'assemblée ordinaire ; il faut encore qu'ils la convoquent régulièrement et lui permettent de délibérer valablement.

(1) Lyon, 19 février 1874. *Recueil des arrêts de Lyon*, 1874, p. 158. — V. Cass., 24 octobre 1892. D. P., 92, 1, 600.

En général, les statuts indiquent quel délai doit séparer la date des convocations du jour où est fixée l'assemblée ; s'il s'agit de l'assemblée générale annuelle devant statuer sur l'approbation des comptes, l'article 35 stipule implicitement un délai de quinze jours pour la convocation. *Quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, tout actionnaire peut prendre, au siège social, communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires, et se faire délivrer copie du bilan résumant l'inventaire et du rapport des commissaires* (loi de 1867, art. 35). La violation de cette règle peut entraîner l'annulation des délibérations prises au cours d'une assemblée irrégulièrement constituée [1], les associés et les tiers victimes de cette annulation ont incontestablement le droit de poursuivre les administrateurs comme responsables du défaut de convocation ou du retard apporté par eux à la convocation

Pour éviter d'encourir une responsabilité de cette nature, et pour se dispenser par avance d'avoir, en cas de poursuites, à justifier de la régularité des convocations, les administrateurs doivent prendre la précaution de faire enregistrer un exemplaire du journal publiant l'avis de convocation.

Les administrateurs sont également tenus de communiquer, dans le délai prévu par l'article 35, à tout actionnaire qui en fait la demande, l'inventaire et la liste des actionnaires, de lui délivrer la copie du bilan et du rapport des commissaires. Il est fort controversé

(1) Trib. comm. Seine, 17 mars 1885 et 28 mars 1887. J. S., 1887, p. 753, et R. S., 1887, p. 335. — Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 858.

sur le point de savoir si la faculté de prendre copie expressément accordée par la loi aux actionnaires en ce qui concerne le bilan et le rapport des commissaires, doit s'étendre à l'inventaire et à la liste des actionnaires. La jurisprudence paraît incliner dans le sens de l'affirmative, en considérant que le droit de prendre communication comporte celui de prendre copie (1). Cette opinion est toutefois combattue par M. Houpin (2).

4° Les administrateurs doivent mettre à la disposition des commissaires, le quarantième jour au plus tard avant l'assemblée générale, l'inventaire, le bilan et le compte des profits et pertes (art. 34).

5° Ils doivent pourvoir au remplacement des commissaires, lorsque l'assemblée générale a omis d'en nommer, ou lorsque l'un d'entre eux refuse ou est empêché d'accomplir ses fonctions ; s'ils ne peuvent faire voter cette mesure par l'assemblée générale des actionnaires, ils doivent assurer le remplacement des commissaires en adressant une requête au président du tribunal de commerce, qui les désignera par ordonnance (art. 32). Pour saisir l'importance de cette prescription, il suffit de la rapprocher du contexte de l'article 32 ; on voit alors que l'assemblée générale ne peut pas prendre une délibération valable pour approuver les comptes et le bilan, si cette délibération n'est point précédée du rapport des commissaires. Les administrateurs n'obtiendront, en conséquence, une approbation régulière de leur gestion qu'à la condition

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n° 856. D. S., v° Sociétés, n° 1677.

(2) Houpin, *Traité*, II, n° 897.

de remplacer les commissaires disparus, par mort, démission ou empêchement, et d'assurer par là la production de leur rapport à l'assemblée.

6° Les administrateurs doivent veiller à la constitution de la réserve légale (art. 36). Si les statuts prévoient, en outre de cette réserve, une autre réserve conventionnelle, ils doivent opérer les prélèvements prévus et veiller à sa conservation. Les réserves, en effet, font partie de l'actif social, et comme elles sont instituées aussi bien dans l'intérêt des tiers que dans l'intérêt de la société, les administrateurs seraient responsables, à l'égard des uns et de l'autre, de l'absence de réserves ou de leur dilapidation (1). Les réserves sont en général représentées par des valeurs mobilières ou immobilières, ou par des dépôts en banque. La prudence la plus minutieuse devra guider le conseil d'administration dans le choix des valeurs de placement; il sera justement déclaré responsable s'il a manqué de prudence et s'il a engagé, sans études sérieuses, les fonds des réserves dans des entreprises aléatoires et dangereuses. Nous pensons également que l'intérêt des réserves doit être ajouté au capital jusqu'au moment où ces réserves auront atteint le quantum fixé par la loi ou les statuts. A cette époque seulement les intérêts appartiendront à la libre disposition des administrateurs, qui les joindront aux recettes générales de la société.

7° Les administrateurs ne peuvent prendre ou conserver un intérêt direct ou indirect, dans aucun mar-

(1) Lyon-Caen et Renault, n° 899. — Houpin, n° 931. — Pont, n° 1597.

ché ou dans aucune entreprise faite avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'assemblée générale (art. 40). C'est là un devoir négatif, une prescription prohibitive; elle trouve son complément et sa sanction dans la fin de cet article. *Il est chaque année rendu, à l'assemblée générale, un compte spécial de l'exécution des marchés ou entreprises par elle autorisés, aux termes du paragraphe précédent.* Cette prohibition est dépourvue de sanction pénale (1); mais sa violation autorise la société à actionner en dommages-intérêts l'administrateur qui a un intérêt direct ou indirect dans un marché passé avec elle, si ce marché lui a causé un préjudice (2). Le marché n'est pas résilié pour autant, s'il a été conclu entre la société et un tiers; mais s'il a été formé entre l'administrateur et la société, cette dernière peut en demander la nullité pour cause d'incapacité de l'administrateur contractant (3).

8° En cas de perte des trois quarts du capital social, les administrateurs sont tenus de provoquer la réunion de l'assemblée générale de tous les actionnaires, à l'effet de statuer sur l'opportunité de la dissolution de la société (art. 37). Si les administrateurs ne provoquent pas cette réunion, ou si l'assemblée n'a pas été régulièrement constituée, tout intéressé peut demander la dissolution, à charge de prouver la perte des trois quarts du capital social. Observons dès à présent

(1) Paris, 18 mars 1887. D. P., 88, 2, 129.

(2) Alauzet, *op. cit.*, n° 756. — Houpin, *op. cit.*, II, 809. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 662. — Rivière, *Commentaire de la loi de 1867*, n° 263. — Vavasseur, *op. cit.*, n° 342. — V. Cass., 14 juin 1891. D. P., 92, 2, 321.

(3) Voir *supra*, p. 39 et s.

que le capital dont il s'agit ici est le capital nominal et exigible de la société, et non point le capital effectif et réalisé. En conséquence, si les actions ne sont pas intégralement libérées, la perte des trois quarts du capital versé n'oblige pas les administrateurs à réunir l'assemblée ; ils doivent simplement appeler les fonds exigibles et forcer les actionnaires à verser le solde de leurs souscriptions. Lorsque les actions sont entièrement libérées, que tout le capital social a été versé, c'est alors qu'une perte des trois quarts étant constatée, les administrateurs sont tenus de provoquer une réunion de l'assemblée des actionnaires où la question de la dissolution sera mise en délibération. Les administrateurs qui violeront cette prescription seront justement déclarés responsables du préjudice résultant de cette infraction (1).

Telles sont les prescriptions générales que la loi de 1867 adresse aux administrateurs des sociétés anonymes. Il convient d'y joindre aussi toutes les obligations imposées aux actionnaires, lesquelles lient également les administrateurs, qui ne cessent pas pour autant d'être tenus des devoirs des simples associés. Leur responsabilité peut naître de toute infraction à chacune de ces règles.

Quant aux infractions au droit civil, c'est-à-dire aux règles générales du mandat, nous les envisagerons comme des fautes quasi délictuelles de droit commun et les examinerons avec cette catégorie d'actes de gestion.

(1) V. Rouen, 16 avril 1889. R. S., 1890, 30. — Cass., 21 janvier 1891. D. P., 92, 1, 237. — Cass., 24 octobre 1892. D. P., 92, 1, 600.

§ 2. — *Infractions aux statuts*

La violation des statuts constitue, comme l'inobservation des prescriptions légales de la loi de 1867, une faute qui, lorsqu'elle cause un préjudice, entraîne la responsabilité des administrateurs. Chargés de gérer les intérêts sociaux, leur premier devoir n'est-il pas, en effet, de respecter les statuts et d'en observer les clauses? On comprend aisément que si la responsabilité d'un administrateur doit être plus sévèrement appréciée quand il y a violation de sa part d'une prescription légale que dans le cas où il n'est coupable que d'imprudence ou d'erreur, il ne saurait en être différemment lorsqu'il a enfreint les statuts qui sont, en somme, la loi conventionnelle de la société, la constitution sous laquelle ce petit État qu'est une société anonyme a décidé de vivre. C'est, bien entendu, une responsabilité de droit commun que celle provoquée par l'infraction aux statuts; elle doit être fondée, en conséquence, sur la justification d'un préjudice causé par l'infraction même [1].

L'infinie variété des clauses que la liberté des conventions permet d'introduire dans les statuts d'une société anonyme rend impossible une énumération même générale des cas de responsabilité encourue par les administrateurs à raison des infractions par eux commises aux statuts. Les stipulations du pacte social obligent chacun des administrateurs en sa double qualité

(1) Seine, 27 juillet 1866, sous Paris, 30 juillet 1867. D. P., 67, 2, 238. — Cass., 11 juillet 1870. D. P., 71, 1, 137. — Cass., 24 janvier 1870. D. P., 70, 1, 177. — Cass., 3 décembre 1890. D. P., 91, 1, 117.

d'associé et de mandataire, et ne lui permettent pas de les enfreindre sans encourir une responsabilité dont les éléments de fait démontreront le bien fondé et l'étendue.

Inversement, un acte qui constitue en lui-même une faute de droit commun, comme par exemple le fait par les administrateurs d'engager une partie du fonds social en reports sur les actions de la société, cesse de constituer une faute pouvant justifier une action en responsabilité, si cet acte est autorisé par les statuts (1).

Mais la règle que nous avons indiquée se trouve par là même confirmée ; toute violation des statuts entraîne la responsabilité des administrateurs qui l'ont commise, si elle a causé un préjudice.

§ 3. — *Fautes de droit commun*

A
Règles générales.

Les actes de gestion qui ne constituent ni une infraction à la loi ni une violation des statuts, peuvent néanmoins entraîner la responsabilité des administrateurs, aux termes de l'article 44 de la loi de 1867, si ces actes constituent des fautes. Il existe donc trois sources de responsabilité, en dehors des infractions aux statuts et à la loi : 1° l'inobservation des règles générales du mandat (C. civ., art. 1992, et C. com., art. 32) ; 2° l'inobservation des règles du contrat de société (art. 1850, C. civ.) ; 3° le quasi-délit (art. 1382 et 1383, C. civ.). Les administrateurs peuvent être poursuivis en responsabilité pour manquement aux règles du mandat et du contrat de société, car chaque manquement constitue

(1) Cass., 21 janvier 1891. D. P., 92, 1, 237. — Cass., 12 juin 1891. D. P., 93, 1, 430.

une faute, et enfin pour le quasi-délit ordinaire, exclusif de toute faute contractuelle. Les actes de gestion, s'ils constituent des fautes, entraînent la responsabilité de leurs auteurs, que ces fautes aient ou non un caractère contractuel.

La responsabilité des administrateurs à raison des actes de leur gestion est, le législateur de 1867 l'a dit expressément, régie par les règles du droit commun ; elle est donc subordonnée dans son existence à la preuve d'une faute commise par ceux que l'on entend faire déclarer responsables.

Il faut qu'il y ait une faute, mais une faute suffit ; point n'est besoin que les administrateurs soient coupables de faude ou de dol[1]. La preuve de la faute est nécessaire et suffisante ; et la responsabilité existera *a fortiori* s'il y a dol ou fraude.

Cela veut-il dire que toute faute, fût-elle minime, devra nécessairement, lorsqu'elle a été constatée et reconnue imputable aux administrateurs, entraîner une condamnation à des dommages-intérêts ? Non, le juge du fait reste appréciateur souverain de l'opportunité d'une sanction, et comme il n'y a pas ici de théorie spéciale à la société anonyme, on doit s'en référer aux règles générales admises en matière de mandat et de quasi-délit. La loi emploie bien des termes impératifs : « sont responsables », mais cela veut simplement dire que le juge ne peut écarter la responsabilité lorsqu'il reconnaît l'existence d'une faute et un préjudice qui en est la conséquence. Il reste absolument libre de décider s'il y

(1) Cass., 13 avril 1886. J. S., 89, 510. — Cass., 18 mai 1887. D. P., 87, 1, 400.

a une faute, ou s'il n'y en a pas; si les administrateurs en sont les auteurs, ou si elle ne leur est pas imputable [1].

Ajoutons que les recherches des juges du fond doivent s'inspirer de cette idée générale qu'il faut appliquer la responsabilité, avec modération, contre les administrateurs des sociétés anonymes. C'est l'intention manifeste du législateur de 1867 [2]. Il ne faut pas écarter de l'administration des sociétés les esprits soucieux de leur tranquillité et de leurs intérêts et ne pas perdre de vue que si les administrateurs sont des mandataires responsables, on ne doit pas cependant les transformer, selon l'expression de la Cour de Paris, en assureurs des actionnaires [3].

Il est possible, d'autre part, que les administrateurs ne soient pas toujours les seuls coupables et que la faute soit partagée par ceux-là mêmes qui intentent l'action en responsabilité. Nulle part plus que dans une société, les interventions collectives ne sont fréquentes et les rôles individuels difficiles à déterminer. Le juge doit donc prendre ces concours de personnes en considération et atténuer la responsabilité si les administrateurs ont partagé la faute avec les demandeurs en dommages-intérêts, l'écarter même si la faute ne pouvait être commise sans leur concours [4].

(1) Cass., 13 mars 1876. D. P., 77, 1, 49. — Paris, 12 août 1879. D. P., 80, 2, 41. — Cass., 10 août 1880. D. P., 81, 1, 457. — Lyon, 12 août 1885. D. P., 86, 2, 136. — Paris, 20 janvier 1888. D. P., 89, 2, 265. — Cass., 3 décembre 1890. D. P., 91, 1, 117. — Cass., 21 janvier 1891. D. P., 91, 1, 490. — Cass., 3 mai 1892. D. P., 92, 1, 568. — Cass., 6 février 1893. D. P., 93, 1, 318.

(2) Vavasseur, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 4e éd., nos 631 et 855.

(3) Paris, 1er août 1868. D. P., 69, 2, 165.

(4) Paris, 10 juillet 1866, et Cass., 11 juillet 1870. D. P., 71, 1, 137.

Devons-nous admettre ici, comme nous l'avons déjà fait, que l'administrateur ne peut, quand il est reconnu coupable d'une faute, exciper de sa bonne foi et y trouver une cause d'atténuation de sa responsabilité ou même d'absolution ? Nous le croyons ; comme mandataire, il répond non seulement de son dol, mais encore de sa simple faute, le texte de l'article 1992 du Code civil le déclare expressément. En outre, il convient de rappeler que la bonne foi n'exclut point le quasi-délit, puisqu'il résulte de la négligence ou de l'imprudence aussi bien que d'un fait positif ou intentionnel. « S'il faut, disait le rapporteur de la loi de 1867, que la mauvaise foi soit établie, la répression sera impossible ; il tombe sous le sens que la responsabilité des fautes est un principe nécessaire, tutélaire, et que si l'on faisait disparaître ce principe, la mauvaise foi pourrait agir en toute sécurité, sans que, dans une foule de circonstances, il soit possible de la constater. »

La jurisprudence n'est entrée dans cette voie qu'après certaines hésitations ; elle se refusa d'abord à frapper des administrateurs auxquels on ne reprochait qu'une négligence extrême, qu'une ignorance involontaire, qu'une imprudence. Cette opinion se dégage clairement d'un arrêt de la Cour de Paris du 1er août 1868, rendu dans le procès intenté aux administrateurs de la Société du Crédit mobilier [1]. Le capital de cette société avait été doublé et les administrateurs avaient obtenu cette augmentation par des dissimulations, des majorations, des erreurs volontaires dans les rapports et les bilans. Ils avaient, d'autre part, fait avec les capi-

(1) D. P., 69, 2, 65. — *Contra :* Cass., 13 janvier 1869. D. P., 69, 1, 67.

taux sociaux, et en violation des statuts, des avances considérables à une autre société : la Compagnie immobilière. Or, parmi les administrateurs du Crédit mobilier, cinq étaient également administrateurs de la Compagnie immobilière ; ils furent seuls déclarés responsables, les autres furent exonérés. La raison de la mise hors de cause de ces derniers est donnée par l'arrêt : « Considérant. .. qu'il résulte des documents de la cause la preuve complète qu'ils ont ignoré la situation de la Compagnie immobilière ; — Que s'il peut leur être fait reproche de ne l'avoir point examinée de plus près, il faut reconnaître que cette faute n'a pas la gravité nécessaire pour faire prononcer contre eux la responsabilité réclamée ; — Que rien n'est plus excusable que la confiance par eux donnée à ceux de leurs collègues qui dirigeaient la Compagnie immobilière ; — Que dans toutes les affaires de cette nature, il a toujours été établi une juste différence entre les responsabilités encourues par les actes directs et personnels des administrateurs de la Compagnie et les confiances imprudentes par eux données à des personnes ou à des faits insuffisamment surveillés ; — Qu'apprécier autrement les actes des membres du conseil d'administration ou de surveillance des Compagnies serait donner aux actionnaires de véritables assureurs dans la personne de leurs mandataires, ce qui est évidemment inadmissible. »

Cet arrêt statue à l'égard des actionnaires eux-mêmes et il introduit dans les rapports de mandants à mandataires une règle difficilement acceptable. En quoi l'ignorance des administrateurs peut-elle constituer une sorte d'excuse légale en leur faveur? Le premier de leurs devoirs n'est-il point de veiller, de contrôler, de se rendre

compte, partant, de ne pas ignorer ? La loi a voulu que les sociétés anonymes soient gérées par un pouvoir collectif ou par une seule personnalité, au choix des statuts. Si le pacte social a préféré la première forme et s'il a voulu que le conseil d'administration soit composé de cinq ou de sept membres, ce n'est pas seulement pour multiplier les lumières et les idées, mais aussi pour assurer un contrôle mutuel des mandataires entre eux. De quoi pourra bien servir la pluralité des administrateurs, si le plus grand nombre d'entre eux peuvent impunément se reposer sur un seul de la gestion des affaires sociales et, en cas de désastre, sortir d'un procès en responsabilité indemnes et sans charges, par cette seule considération qu'ils ont ignoré les fautes préjudiciables ? Comment admettre qu'un administrateur puisse être reconnu coupable de négligence, d'ignorance et, en même temps, déchargé de toute responsabilité ?

L'arrêt de la Cour de Paris nous semble donc exprimer une théorie difficile à justifier; on sent que des considérations de fait ont pesé sur le débat et qu'une idée de justice distributive a présidé à sa rédaction. Ce raisonnement s'appliquerait d'une façon assez exacte aux membres des conseils de surveillance qui ne sont pas des gérants, mais c'est une erreur que de l'étendre aux administrateurs de sociétés anonymes. L'assimilation que fait l'arrêt de ceux-ci et de ceux-là indique bien que la nature juridique de chacun d'eux n'a pas été nettement déterminée et c'est sans doute cette confusion qui explique la doctrine adoptée par la Cour de Paris. Le pourvoi introduit contre cette décision fut cependant rejeté par la Cour de cassation le 21 juin 1867.

Fort peu de temps après, la jurisprudence se rattacha à un autre système, et ce fut encore la Cour de Paris qui limita d'une façon différente l'influence de la bonne foi sur la responsabilité des administrateurs. L'affaire qu'elle était appelée à juger se liait à celle dont il vient d'être parlé. Les administrateurs de la Compagnie immobilière avaient distribué des dividendes fictifs et provoqué par ce moyen une élévation des cours des actions de cette société. Poursuivis par les acheteurs de ces titres en hausse, qui se disaient, avec raison, lésés par les cours auxquels ils avaient opéré leurs acquisitions et que des dividendes fictifs avaient amenés, les administrateurs furent jugés par la Cour de Paris le 22 avril 1870 (1).

L'arrêt propose une distinction entre la faute résultant de l'inexécution du mandat et celle qui constitue le quasi-délit; la première ne peut être invoquée que par les associés dont les administrateurs sont les mandataires, en vertu de l'action *mandati directa* du droit romain, et ne peut être ni atténuée ni effacée par la bonne foi de son auteur. Au contraire, le simple quasi-délit dont se prévalent, à l'égard des administrateurs, les tiers que ne relie aucun lien contractuel, ne peut consister dans une simple ignorance, dans une négligence, dans une inertie, dans un fait purement passif.

Dans l'espèce que nous analysons, les demandeurs en responsabilité étaient bien des actionnaires, car ils avaient acheté des actions, mais comme il était intervenu une transaction entre l'assemblée générale et les

(1) D. P., 70, 2, 121.

administrateurs et que cette transaction leur était opposable, l'action *mandati* se trouvant, par le fait, éteinte, ils se présentaient en qualité de simples tiers, lésés par un quasi-délit.

La Cour de Paris rejeta leur action en tant qu'elle était dirigée contre des administrateurs dont la bonne foi était établie.

« .... Sur la responsabilité en ce qui concerne chacun des administrateurs :

« Considérant qu'il ne s'agit pas de régler la responsabilité naissant d'un mandat, cas dans lequel le mandataire peut avoir à répondre vis-à-vis du mandant de ses fautes, même de négligence et de simple omission ; qu'il s'agit de régler la responsabilité prescrite vis-à-vis de tout citoyen par l'article 1382 et dérivant de fautes qui seraient la violation de devoirs généraux auxquels chacun doit conformer ses actes dans la vie civile ; que la faute, base de la responsabilité, suppose un fait positif, un acte accompli, qui ait été dommageable ; qu'en général, elle ne peut consister dans une simple abstention d'agir, à moins que cette abstention, par la gravité d'un devoir quelconque violé, n'ait été la cause directe du mal ;

« Que c'est d'après ce principe qu'il faut rechercher s'il y a eu faute de la part de tous les administrateurs ou de quelques-uns seulement, dans les agissements reprochables qui ont trompé les acheteurs d'actions ; que d'après les statuts de la société (art. 29), un comité dit d'exécution, composé de trois membres du conseil d'administration, devait être formé, et que, d'après l'article 30, ce comité était chargé, sous l'autorité du conseil, de la gestion des affaires sociales ; — qu'il est

constant et rendu manifeste par tous les documents de la cause, qu'encore bien qu'une délibération régulière n'eût pas été prise à ce sujet, les fonctions du comité chargé de la gestion ont été, en fait, constamment remplies par les trois administrateurs Emile Péreire, Isaac Péreire et Salvador, vrais directeurs de toute l'entreprise ; — que ces trois administrateurs dénommés ont tout conduit, tout su, tout exposé et proposé en connaissance de cause, et que sur eux pèse directement la responsabilité des rapports, des bilans, des dividendes, par lesquels ont été trompés les acheteurs d'actions ; — mais qu'il n'apparaît pas que les autres administrateurs, qui se sont tenus en dehors de la direction et même de la connaissance suivie des affaires sociales, aient participé aux conceptions artificieuses de bilans et aux déclarations fallacieuses de bénéfices qui ont été cause du dommage ; — que ces autres administrateurs n'ont fait que suivre la foi de collègues en qui tout les invitait à placer une entière confiance ; que si leur défaut de surveillance et de contrôle, d'examen propre des affaires, pouvait les faire envelopper, comme mandataires négligents, dans la responsabilité de mandat, encourue vis-à-vis de la société, ces cas de simple inertie, avec les circonstances de la cause qui les expliquent, n'ont pu constituer de leur part une faute, au sens de l'article 1382 du Code civil, vis-à-vis de tiers acheteurs d'actions à qui ils ne devaient aucune diligence de conduite ; — que la responsabilité poursuivie manque de grief fondé, en ce qui concerne N., N., etc. ; que, par suite, la responsabilité est à mettre seulement à la charge d'Émile Péreire, d'Isaac Péreire et de Salvador.... »

On voit l'évolution qui s'est produite depuis l'arrêt du 1er août 1868 ; la Cour de Paris, après avoir jugé que la bonne foi permettait d'absoudre les administrateurs à l'égard des tiers et des actionnaires, restreint sa première théorie au domaine plus étroit de la responsabilité quasi délictuelle, la bonne foi restant sans effet sur l'action *mandati*.

Ce système se heurte aux mêmes difficultés que celui, plus absolu il est vrai, de l'arrêt de 1868. S'il est exact de dire qu'il n'existe aucun lien contractuel entre les administrateurs et les tiers, cela ne peut signifier cependant qu'il n'est dû à ces derniers aucune diligence de conduite. La responsabilité des administrateurs n'a pas été seulement instituée pour sauvegarder les intérêts des associés ; elle apparaît clairement, à l'analyse des travaux préparatoires de la loi de 1867, comme une garantie donnée au public aussi bien qu'à la société. D'ailleurs le texte de l'article 44 ne permet pas une interprétation différente suivant qu'il s'agit des tiers ou des actionnaires ; les uns et les autres bénéficient d'une même et commune disposition, ce qui indique bien que le législateur a entendu les mettre tous sur un pied de rigoureuse égalité en face de la gestion des administrateurs. Cette idée se fortifie enfin de la disposition de cet article visant spécialement la distribution de dividendes fictifs ; la loi distingue-t-elle, en cette hypothèse particulière, la responsabilité contractuelle de celle qui naît d'un simple quasi-délit? Nullement ; cette faute engage la responsabilité des administrateurs à l'égard des tiers comme à l'égard des actionnaires, et la loi le dit en termes identiques. Qui peut, en conséquence, autoriser un juge à décider que la

bonne foi des administrateurs imprudents ou négligents les préserve du recours des tiers? Comment, enfin, admettre cette opinion sans dénaturer le sens de l'article 1382 du Code civil, qui ne s'applique pas seulement aux actes positifs, aux faits matériellement accomplis, mais aussi aux négligences, aux imprudences exclusives de toute intention malveillante?

Aujourd'hui, la jurisprudence est revenue à une opinion plus rigoureuse mais aussi plus juridique. Elle considère que la négligence et l'ignorance constituent de la part des administrateurs de véritables fautes et qu'ils doivent aux tiers une véritable diligence de conduite. La plus connue des décisions qui se soient inspirées de cette idée est un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 30 septembre 1889 (1), rendu dans le procès en responsabilité qui suivit la chute du Comptoir d'escompte. Elle est aujourd'hui généralement adoptée (2).

Si la bonne foi des administrateurs importe peu, peut-on admettre que la gratuité de leurs fonctions doit également rester sans influence sur leur responsabilité? En d'autres termes, les juges doivent-ils faire une distinction entre les administrateurs rémunérés et ceux

(1) R. S., 1889, p. 596.

(2) Cass., 13 avril 1886, *La Loi*, 1886, p. 357. — Paris, 13 février 1882. D. P., 83, 2, 161. — Cass., 18 mai 1887. D. P., 91, 1, 401. — On pourrait invoquer en sens contraire deux arrêts de la Cour de cassation : l'un du 12 avril 1881 (D. P., 81, 1, 433. Sirey, 81, 1, 241), sans grande portée juridique, car le tribunal et la Cour avaient admis, par des considérations de fait souverainement appréciées, qu'il n'y avait point de faute ni de violation des statuts ni de la loi qui fussent le fait des administrateurs; le second, du 21 janvier 1891 (D. P., 92, 1, 237), ne présente aucun intérêt, car le fait reproché aux administrateurs avait été accompli par eux dans la limite de leur mandat.

qui ne le sont pas, et se montrer plus sévères pour les premiers que pour les seconds ? La question doit se résoudre par une distinction ; dans les rapports d'administrateurs à associés, c'est-à-dire lorsque l'action en responsabilité est fondée sur une faute constituée par la violation des règles du mandat, la gratuité des fonctions est une cause d'atténuation de la responsabilité. C'est l'application des règles du droit commun ; l'article 1992 du Code civil dit, en effet :.... *Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire* (1). Si, au contraire, l'action en responsabilité est intentée par un tiers et s'il s'agit d'un simple quasi-délit, il n'y a point lieu de tenir compte du caractère gratuit du mandat pas plus que de sa rémunération.

Nous devons, à ce propos, rappeler la règle de l'article 32 du Code de commerce relative à l'effet des actes accomplis par les administrateurs, à l'égard des tiers. *Les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu. — Ils ne contractent à raison de leur gestion aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société.* Il faut distinguer parmi les actes des administrateurs deux catégories différentes : la première composée des actes accomplis par eux dans la limite de leurs pouvoirs et par lesquels ils obligent la société envers les tiers, sauf le cas de dol ou de faute, où ils demeurent personnellement responsables envers les tiers et envers la société ; la seconde comprenant

(1) Cons. Orléans, 9 mai 1876. D. P., 78, 1, 6.

les actes accomplis par les administrateurs en dehors de leur mandat, actes excédant leurs pouvoirs qui ne lient point la société à l'égard des tiers contractants vis-à-vis desquels les administrateurs seuls sont tenus (1). La jurisprudence admet cependant un tempérament : les tiers avec lesquels les administrateurs auraient contracté en dehors de leur mandat pourront agir contre la société, par une sorte d'action *de in rem verso*, si les actes accomplis ont tourné au profit de la société, et cette action ne leur appartiendra que dans la mesure du profit qu'elle en a retiré (2).

Telles sont les règles générales qui doivent présider à l'application de la responsabilité aux administrateurs coupables de fautes de gestion.

Il est impossible de faire une énumération de ces cas de responsabilité ; la variété des fautes est infinie comme la variété des actes qui les constituent. Le législateur s'est refusé à en donner même une indication générale, nous ne pouvons que le suivre dans cette voie.

On peut cependant, mais simplement à titre d'exemples, noter quelques cas où la jurisprudence a vu des fautes de gestion et prononcé la responsabilité des administrateurs qui les avaient commises. C'est ainsi qu'il a été jugé :

1° Que les administrateurs ne peuvent pas, sans engager leur responsabilité, employer les fonds sociaux à acheter les propres actions de la société ; une pareille

(1) Houpin, *op. cit.*, II, 819 et suiv. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 818. — Vavasseur, *op. cit.*, n° 820. — D. S., v° Société, n° 1496. — Cass., 24 mai 1870. D. P., 70, 1, 407. — Cass., 28 janvier 1891. D. P., 91, 1, 339.

(2) Cass., 6 février 1893. D. P., 93, 1, 318.

combinaison permettrait indirectement aux actionnaires de rentrer dans leurs apports et de priver les créanciers d'une partie de leur gage [1] ;

2° Que l'on doit déclarer responsables du préjudice causé par leurs procédés les administrateurs qui, pour se procurer des fonds, ont eu recours à des pratiques ruineuses, à des moyens onéreux de crédit, alors que le capital social n'était pas encore intégralement versé et qu'ils avaient le devoir d'appeler les sommes restant encore dues sur les actions [2] ;

3° Que des administrateurs étaient responsables d'un quasi-délit vis-à-vis des porteurs d'obligations, lorsqu'ils ont préparé une émission par des moyens frauduleux et notamment par la production de documents, de rapports, d'inventaires et de bilans inexacts [3] ;

4° De même au cas de souscription d'actions obtenue par des publications mensongères [4] ;

5° Et notamment par la production d'inventaires frauduleux ayant déterminé les tiers à acheter des actions de la société [5] ;

6° Que les administrateurs étaient responsables envers les actionnaires qu'ils avaient décidés à souscrire

(1) Cass., 18 février 1868. Sirey, 68, 1, 241. — Cass., 14 décembre 1869. Sirey, 70, 1, 165. D. P., 70, 1, 179. — Cass., 2 juillet 1878. Sirey, 81, 1, 411. — Paris, 2 juin 1876. Sirey, 79, 2, 23. — Paris, 4 février 1881. Sirey, 82, 2, 123. — Grenoble, 26 janvier 1881. D. P., 82, 2, 143. — Paris, 13 novembre 1880. D. P., 82, 2, 143.

(2) Seine, 22 mars 1886. J. S., 1886, p. 744. — Rouen, 22 mars 1882. *Gazette du Palais*, 1882-1883, 1, 243.

(3) Douai, 9 juillet 1896. D. P., 98, 2, 206. — Cass., 14 février 1898. D. P., 1900, 1, 73.

(4) Paris, 31 mai 1892. D. P., 93, 2, 249. — Paris, 28 juin 1894. D. P., 95, 2, 527. — Cass., 31 mars 1896. D. P., 97, 1, 21.

(5) Paris, 5 août 1890. D. P., 93, 1, 49.

par des affirmations imprudentes et erronées sur la valeur des apports et l'étendue des charges dont ils étaient grévés [1] ;

7° Que doivent être déclarés responsables les administrateurs qui ont payé, en espèces ou en actions, des apports immobiliers grevés d'hypothèques ; la plus élémentaire prudence, en effet, leur commandait de n'effectuer ce paiement que sur justification de la radiation des inscriptions hypothécaires [2] ;

8° Qu'il doit en être de même des administrateurs qui organisent une émission d'obligations et négligent ensuite de réaliser l'hypothèque promise aux obligataires, ou qui présentent au public comme muni d'une garantie hypothécaire un emprunt qui en est, en réalité, dépourvu [3].

B
Distribution de dividendes fictifs.

Le législateur de 1867 a si bien compris que la diversité des faits pouvant engendrer la responsabilité échappait à toute analyse, qu'il s'est borné à indiquer, dans l'article 44, le cas de distribution de dividendes fictifs. On comprend mal pourquoi les rédacteurs de la loi, s'ils ont cru devoir citer un exemple, ont choisi celui-là plutôt qu'un autre. Il n'était nullement nécessaire d'insérer dans la loi une mention spéciale aux dividendes fictifs pour que leur distribution fût considérée comme une faute de gestion. Si c'est la gravité même de cette faute qui l'a désignée au choix des rédacteurs, on doit reconnaître qu'au point de vue de la

(1) Paris, 13 février 1882. D. P., 83, 2, 161.

(2) Bordeaux, 8 mars 1886. J. S., 1887, 823.

(3) Paris, 12 août 1879. D. P., 80, 2, 41. Sirey, 79, 2, 235. — Paris, 5 décembre 1887. D. P., 89, 2, 185. — Paris, 14 avril 1883. R. S., 1883, 445.

gravité, beaucoup de fautes de gestion ne le cèdent en rien à la distribution de dividendes fictifs. On pourrait également penser que cette disposition de l'article 44 se relie intimement au paragraphe 3 de l'article 10, qui admet la répétition contre les actionnaires des dividendes versés en dehors des résultats constatés par l'inventaire, et qu'après avoir obligé les associés à restituer les dividendes ainsi perçus, le législateur a voulu affirmer formellement l'existence à leur profit d'un recours en responsabilité contre les auteurs de la distribution : mais il n'était nullement besoin d'une disposition spéciale pour consacrer ce droit, dont les principes généraux de la responsabilité suffisent à assurer l'existence.

Qu'est-ce donc qu'un dividende fictif? C'est une somme qui, répartie entre les actionnaires en l'absence de bénéfices sociaux, provient d'une diminution du capital social. Le dividende n'est pas autre chose que la fraction des bénéfices destinée aux actionnaires; elle s'appelle « bénéfices » avant toute répartition, et « dividende » lorsqu'elle est divisée en autant de lots qu'il y a de parts sociales. Tous les bénéfices ne deviennent point dividende, car certains prélèvements s'opèrent avant toute répartition; ce sont notamment les sommes affectées aux réserves, statutaire et légale, aux fonds spéciaux de prévoyance, aux fonds d'amortissement. On peut même décider qu'une certaine somme à prendre sur les bénéfices nets sera répartie à nouveau, c'est-à-dire reportée à l'exercice suivant. Le reste des bénéfices est réparti entre les actionnaires, au prorata de leur intérêt ; c'est le dividende.

S'il n'y a point de bénéfices ou si le chiffre en est insuffisant et que les administrateurs, désireux de se

conserver la confiance des actionnaires, veuillent à tout prix distribuer un dividende, il est impossible qu'ils réalisent ce résultat sans entamer d'autant le capital social. C'est par la confection du bilan et de l'inventaire qu'il est possible de tromper ainsi la société et de faire apparaître aux yeux des intéressés une balance avec un excédent d'actif. Les moyens pratiqués pour modifier en ce sens les inventaires et les bilans sont multiples ; le plus usuel consiste soit à majorer les valeurs actives de l'inventaire, en portant les créances douteuses pour leur montant intégral, en exagérant la valeur des marchandises, soit à introduire de faux éléments d'actif. Si les commissaires de surveillance ne déjouent pas la manœuvre, les actionnaires, dont le contrôle est restreint, sont infailliblement trompés.

Les administrateurs peuvent également recourir au procédé inverse et réduire les valeurs passives ou en supprimer quelqu'une. Tel serait le cas d'un conseil d'administration qui obtiendrait des créanciers sociaux des renouvellements d'effets et reporterait leur échéance à une date postérieure à la clôture de l'inventaire, de sorte que le chapitre du passif : effets à recevoir ou créanciers divers, ne comprenne pas ces effets qui figureront dès lors à l'inventaire suivant.

Quelle que soit la manière dont ces manœuvres sont exécutées, leur résultat est de créer un bénéfice fictif, et ce bénéfice fictif n'est pas autre chose qu'une fraction détachée du capital social. Si donc il est réparti entre les associés, ce sont leurs propres apports que ceux-ci récupèrent en tout ou en partie. Et il ne peut pas en être autrement ; s'il n'y a pas de bénéfices réels, les fonds distribués doivent bien provenir de quelqu'un ;

or, à moins que les administrateurs ne versent dans la caisse sociale de l'argent qui leur est personnel, c'est le capital lui-même qui fournit le dividende. Si ce sont des tiers qui avancent à la société les sommes réparties en bénéfices, cela revient au même, car le passif social est augmenté d'autant, et c'est la société qui en est débitrice ; or, comme cette dette est payée par le capital, c'est bien le capital social qui est, pour partie, distribué aux actionnaires sous forme de dividende.

Cette règle posée, à savoir, que toute répartition entre les actionnaires de fonds provenant non point de bénéfices, mais au contraire du capital social, constitue un dividende fictif, ce sont les juges du fait qui apprécient, à vue des inventaires, bilans, comptes de gestion, etc., si un dividende est ou n'est pas fictif[1].

La jurisprudence fournit à cet égard de nombreuses décisions[2].

Il convient cependant d'apporter à cette liberté d'appréciation deux correctifs.

1° Dans beaucoup de sociétés, les statuts permettent aux administrateurs de distribuer en cours de l'exercice social un acompte sur le dividende. C'est ainsi par exemple que l'année sociale commençant le 1er janvier,

(1) Alauzet, *op. cit.*, nos 692 et suiv. — Houpin, *op. cit.*, I, no 733. — Lyon-Caen et Renault., *op. cit.*, no 891. — Pont, *op. cit.*, no 1486. — Rivière, *op. cit.*, no 100 — D. S., ve Société, nos 1479 et suiv.

(2) Cass , 23 juin 1883. D. P., 83, 1, 425. — Cass., 17 juillet 1885. Sirey, 87, 1, 286. D. P., 1886, 1, 273. — Rennes, 3 novembre 1887. D. P., 88, 2, 233 — Cass., 19 novembre 1887. R. S., 1888, 126. — Paris, 20 janvier 1888. D. P., 89, 2, 265 et note de M. Boistel. — Paris, 19 mars 1890. J. S , 1891, 478. — Paris, 5 août 1890 J. S., 1892, 238. — Cass., 24 avril 1891. J. S., 1893, 182. — Cass., 16 juin 1891. J. S., 1891, 505. — Paris, 22 juillet 1893. R. S., 1893, 448. — Cass., 18 janvier 1894. J. S., 1894, 80.

on versera aux actionnaires un acompte de 20 fr. sur le dividende, à l'échéance du 1er juillet ; puis au mois de janvier suivant, après la clôture de l'inventaire, si le dividende est fixé à 45 fr., chaque action recevra un solde de 25 fr. Ce procédé est fort usité par les grandes entreprises dont les actions sont extrêmement répandues et qui, en raison même de la multiplicité des porteurs de titres, doivent leur offrir l'avantage de toucher un coupon semestriel. Les capitalistes y trouvent leur profit, car cette combinaison leur permet d'encaisser leurs revenus en deux échéances. L'acompte ainsi payé aux actionnaires pendant l'année sociale n'est pas un dividende fictif. De deux choses l'une, en effet, ou l'inventaire donnera un bénéfice, et alors l'acompte versé deviendra partie du dividende réel, sa perception n'aura donc rien que de très légitime ; ou l'inventaire se soldera sans bénéfices, et alors il y aura lieu pour les actionnaires à restitution. Mais, dans cettte hypothèse, la restitution devra s'opérer en raison de ce fait que l'acompte a été versé en l'absence de tout inventaire et non point en vertu d'un inventaire falsifié (1). N'oublions pas que l'article 10, paragraphe 3, prévoit deux cas distincts où la répétition des dividendes est autorisée : 1° le cas où la distribution en a été faite en l'absence de tout inventaire ; 2° celui où elle est faite en dehors des résultats constatés par l'inventaire. C'est à la première de ces deux hypothèses que le paiement d'un acompte de dividende, en cours d'exercice, se rattache le plus exactement.

2° Les intérêts versés aux actionnaires ne sont pas

(1) Seine, 21 avril 1886. J. S., 1887, 793.

des dividendes auxquels l'absence de bénéfices peut donner un caractère fictif.

Les statuts peuvent valablement stipuler que la mise des associés produira un intérêt et que cet intérêt sera porté au compte des frais généraux [1]. Il devient par le fait une charge sociale et ne rentre point dans les bénéfices. Cela se comprend aisément, puisque cet intérêt figure au passif du bilan et que le bénéfice net est la différence en excès de l'actif sur le passif. Il peut donc être payé aux actionnaires, même en l'absence de tout bénéfice, sans constituer un dividende fictif [2].

Cette tolérance doit cependant s'arrêter là ; elle se justifie par la clause des statuts permettant de faire de cet intérêt une charge de la société. Si donc les statuts sont muets, ou s'ils se bornent à mentionner une stipulation d'intérêt pure et simple, sans ajouter que cet intérêt fera partie des frais généraux, les administrateurs ne peuvent pas payer les intérêts afférents aux actions, en l'absence de bénéfices, sans se rendre coupables de la faute de distribution de dividendes fictifs [3].

En résumé, le délit de distribution de dividendes fictifs est subordonné dans son existence à trois conditions ; il faut : 1° que les administrateurs soient de mauvaise foi, tout au moins au point de vue de la répres-

(1) Houpin, *op. cit.*, I, n° 726. — Lyon-Caen et Renault, *Traité*, n°s 553 et 900. — Douai, 9 avril 1879. D. P., 79, 2, 320. — Cass., 7 mai 1878. Sirey, 80, 1, 107. — Cass., 8 mars 1881. Sirey, 81, 1, 257. — Paris, 5 décembre 1882. Sirey, 83, 2, 92. — Cette opinion a été critiquée. Cons. Demangeat, note Sirey, 81, 1, 257. — Alauzet, n° 751. — Boistel, n° 325.

(2) Paris, 18 avril 1860. D. P., 61, 2, 123. — Paris, 10 février 1875. D. P., 79, 1, 134, note. — Cass , 7 mai 1878. D. P., 79, 1, 134. — Cass., 8 mars 1881. D. P., 81, 1, 198. — Cass., 28 juillet 1896. J. S., 1896, 486.

(3) Besançon, 19 mars 1890. R. S., 1890, 454.

sion pénale ; 2° qu'ils aient omis de faire un inventaire ou qu'ils aient fait un inventaire frauduleux ; 3° qu'il y ait eu effectivement distribution d'un dividende fictif.

Il entraîne à la charge des administrateurs qui l'ont commis une responsabilité pénale sanctionnée par l'article 405 du Code pénal, qui les frappe des peines prévues pour le délit d'escroquerie. Ce caractère délictueux comporte, comme condition essentielle, la preuve de la mauvaise foi, qui est l'élément nécessaire de tout délit de droit commun. Il entraîne également une responsabilité civile envers les personnes à qui la distribution de dividendes fictifs a causé un dommage, par exemple aux actionnaires qui ont acheté leurs titres sur la foi accordée par eux à ces dividendes (1).

Si la preuve de la mauvaise foi est indispensable, lorsque les administrateurs sont l'objet de poursuites devant la juridiction répressive, en revanche, il n'est pas nécessaire que la mauvaise foi soit établie quand les administrateurs ne sont actionnés qu'en responsabilité civile. Nous pensons qu'il y a lieu d'appliquer ici les règles générales précédemment exposées et de décider que si la bonne foi de l'un ou de l'autre des administrateurs peut justifier son exonération, cet effet ne peut lui être reconnu que lorsqu'il s'agit des rapports des administrateurs entre eux, c'est-à-dire de la « contribution » aux dommages-intérêts, et non point quand il s'agit d'apprécier les droits des actionnaires ou des tiers à une réparation pécuniaire. L'ignorance, alléguée

(1) Lyon, 12 mars 1886. D. P., 86, 2, 136. — Paris, 24 décembre 1891. R. S., 92, 63. — Paris, 13 juillet 1892. R. S., 93, 223. — Besançon, 1er février 1895. J. S., 1895, 354. — Cass., 31 mars 1896. J. S., 1896, 238. — Besançon, 17 mars 1897. J. S., 1897, 400.

par un administrateur, des falsifications de l'inventaire et du bilan qui ont permis de distribuer un dividende fictif, ne peut lui servir d'excuse aux yeux de ses mandants. Il devait à ces derniers de ne point ignorer et son devoir étroit était de contrôler et de vérifier des actes que leur importance devait plus spécialement recommander à sa vigilance. Il pourra reprocher à ses collègues de l'avoir trompé; mais il ne pourra pas invoquer devant la société, ni devant le public, la confiance imméritée et aveugle dont il a cru pouvoir les investir.

Il suffit, en un mot, qu'il y ait une faute, cette faute consistât-elle simplement dans une négligence, pour que la responsabilité puisse être proclamée individuellement ou solidairement suivant que tous les administrateurs auront participé à la faute ou que plusieurs d'entre eux y soient restés absolument étrangers, mais, dans tous les cas, sans qu'il soit nécessaire qu'ils soient coupables de dol ou de fraude.

De cette considération que la mauvaise foi n'est pas indispensable à l'application de la responsabilité, se déduit cette conclusion que les administrateurs acquittés devant la juridiction répressive du délit de distribution de dividendes fictifs, ne sont pas pour autant à l'abri de toutes poursuites. Ils peuvent être encore l'objet d'une action civile en responsabilité sans pouvoir exciper de la sentence d'absolution prononcée en leur faveur par les juges criminels. Ces derniers, en effet, ont pu fort bien considérer que la distribution de dividendes fictifs ne constituait pas un délit parce que les administrateurs étaient de bonne foi, c'est-à-dire dépourvus d'intention criminelle; sans que leur décision

s'oppose à ce que les juges civils les déclarent convaincus d'une faute et responsables comme tels (1).

La distribution de dividendes fictifs autorise d'abord une action en répétition des sommes versées à ce titre, action qui doit être exercée soit par le conseil d'administration si la société est *in bonis*, soit par son liquidateur si elle est en liquidation, soit par son syndic si elle est en faillite. Elle justifie ensuite une action en responsabilité contre les administrateurs au profit des personnes ayant éprouvé un préjudice. L'intérêt de cette action apparaît dans plusieurs cas ; il est possible, par exemple, que l'action en répétition reste stérile contre certains actionnaires devenus insolvables ; les administrateurs qui ont opéré la distribution doivent alors indemniser la société de la perte qu'elle ressent de ce chef. Il en est de même au cas où un actionnaire, débiteur de la société, a éteint tout ou partie de sa dette par compensation avec le dividende fictif. Enfin reste la multiplicité des hypothèses où la distribution de ce dividende a déterminé les actionnaires à acheter leur titres et les tiers à faire crédit à la société. Le meilleur criterium de la prospérité d'une entreprise est, en effet, la production de bénéfices élevés ; partant, la distribution de dividendes avantageux. Le cours du titre suit d'une façon régulière les variations du revenu, et l'on conçoit aisément l'influence que peut avoir une distribution de dividendes fictifs sur l'esprit des acheteurs et des créanciers. Entre les membres du conseil d'administration auquel est reprochée la distribution de dividendes fictifs, la loi entend expressément que

(1) Cass., 28 juin 1892. J. S., 1892, 562.

les juges du fait opèrent un choix et qu'ils n'appliquent la responsabilité qu'à ceux qui ont distribué ou laissé distribuer « sans opposition » ce dividende. Le sens qu'il faut attacher à cette disposition finale de l'article 44 est celui-ci : la responsabilité résultant d'une distribution de dividendes fictifs n'incombe pas à ceux des administrateurs qui s'y sont opposés.

Cela ne fait pas échec à ce que nous avons dit précédemment en parlant de la bonne foi; l'ignorance de l'administrateur, étant une faute, ne peut constituer pour lui une immunité; il ne peut devoir son exonération qu'à une attitude nettement caractérisée, à une opposition formellement manifestée par lui contre la répartition frauduleuse Il ne peut garder une réserve passive sans s'associer implicitement à la faute de ses collègues, mais il doit prouver, pour échapper à la responsabilité, non seulement qu'il a protesté contre la distribution proposée, mais encore qu'il a voté contre cette mesure et qu'il a refusé, fût-ce même par sa démission, de partager la faute des autres membres du conseil (1).

C
Actes des directeurs et mandataires substitués.

Dans la généralité des cas. les administrateurs des sociétés anonymes n'exercent pas directement les pouvoirs de la gestion. La nécessité de recourir à des personnes munies de connaissances techniques et de réunir dans une seule main les forces dirigeantes de l'entreprise conduit généralement à la nomination d'un directeur pris en dehors du conseil d'administration ou d'un administrateur choisi dans son sein et qui s'appelle alors « administrateur délégué », auquel est confiée la direction de la société. Il faut distinguer ici deux

(1) Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi de 1867*, p. 217.

hypothèses suivant que le directeur est nommé par le conseil d'administration ou par les actionnaires.

1° *Le directeur est nommé par le conseil d'administration.*

Cette faculté est expressément accordée par l'article 22 de la loi de 1867 : « .... ces mandataires peuvent choisir parmi eux un directeur ou, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils sont responsables envers elle. » Les administrateurs ont donc le droit de confier les fonctions de directeur à une personne étrangère à la société, si les statuts prévoient et autorisent cette substitution ; au cas contraire, ils ne peuvent que déléguer l'un d'entre eux à la direction.

Si les administrateurs ont usé de ce dernier procédé et choisi parmi eux le directeur, ils restent tous soumis à la responsabilité collective de l'article 44. Rien, au point de vue spécial de la responsabilité civile, ne se trouve modifié par cette situation. A la responsabilité encourue par les administrateurs à raison des actes de gestion accomplis par eux tous après délibération et vote, s'ajoute la responsabilité des actes accomplis par l'administrateur délégué.

Cette règle a reçu de la jurisprudence une double limitation ; il a été décidé, d'une part, que leur responsabilité doit être atténuée s'il est établi qu'ils ont donné aux affaires sociales les soins d'une bonne administration ou que leurs instructions ont été méconnues (1) ; et qu'il devait en être de même, d'autre part, si les statuts

(1) Paris, 30 juillet 1867. D. P., 67, 2, 238.

confèrent à l'administrateur délégué une situation indépendante vis-à-vis du conseil d'administration, situation qui rend inefficace le contrôle de ce conseil [1].

Si au contraire les administrateurs ont confié les fonctions de directeur à une personne étrangère au conseil d'administration ou même à la société, leur responsabilité s'étend davantage.

Ils répondent tout d'abord du choix même qu'ils ont cru devoir faire; leur responsabilité doit donc être déclarée si ce choix s'est fixé sur une personne notoirement incapable ou insolvable [2]. Dans la précédente hypothèse, c'est-à-dire lorsque le directeur n'est pas autre qu'un administrateur muni d'une délégation, le conseil d'administration n'est pas responsable du choix même qu'il a cru devoir faire. Si l'administrateur délégué est insolvable, incompétent ou indélicat, les actionnaires n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes, car ce sont eux seuls qui l'ont revêtu de son caractère et lui ont confié, à leurs risques et périls, le mandat d'administrateur; tandis que le directeur étranger au conseil n'est que le mandataire de ce conseil qui l'a librement choisi et désigné, sans l'intervention des associés.

Indépendamment de cette première cause de responsabilité, les administrateurs gardent une certaine responsabilité à raison des actes de gestion accomplis par le directeur, responsabilité que M. Houpin assimile à

(1) Cass., 11 juillet 1870. Sirey, 70, 1, 365. D. P., 71, 1, 137. — Bordeaux, 3 mars 1886. J. S., 1889, 513.

(2) Houpin, *op. cit.*, II, 823. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, 823 et suiv. — Vavasseur, *op. cit.*, n° 807. — Cass., 24 janvier 1870. Sirey, 71, 1, 75. — Cass., 9 juillet 1888. D. P., 88, 1, 321. — Paris, 10 mars 1892. J. S., 1892, 289 et 346. — Cass., 18 juillet 1894. R. S., 1894, 476. — Paris, 18 juillet 1895. J. S., 1895, 433.

celle d'un conseil de surveillance dont le conseil d'administration garde les attributions. Ils répondent des fautes commises par le directeur et qu'une surveillance plus attentive de leur part eût pu prévenir et empêcher.

2° *Le directeur est nommé par les actionnaires.*

Cette hypothèse est beaucoup moins fréquente : elle peut se présenter cependant sans donner naissance à une irrégularité. « Rien ne s'oppose, dit M. Mathieu, à ce que, d'accord avec les mandataires de la société, l'assemblée générale nomme le directeur ou mandataire substitué. Ce dernier trouvera dans ce concours une force et les mandataires un moyen d'affaiblir en fait, sinon de dégager en droit leur responsabilité [1]. » Observons, en effet, que cette nomination doit être nécessairement faite avec l'assentiment des administrateurs, qui peuvent toujours se soustraire, par leur démission, à une collaboration jugée par eux dangereuse.

Le directeur ainsi nommé reste sous l'autorité du conseil d'administration, à moins que, contrairement à la plus élémentaire prudence, les statuts ne l'aient affranchi de cette autorité. Le principe de la responsabilité des administrateurs reste donc le même : ils sont responsables des actes du directeur qu'ils auraient pu et dû empêcher ou auxquels, par leur démission, ils pouvaient refuser de s'associer. Mais, dans le domaine des faits, ce principe doit recevoir une application des plus atténuées; le directeur étant le mandataire de la société et non pas celui des administrateurs, on comprend que l'autorité de ces derniers soit, de ce fait,

(1) Mathieu et Bourguignat, *ibid.*, n° 176.

fort affaiblie. Or, la responsabilité doit se trouver réduite dans la même proportion.

« Considérant, dit la Cour de Paris (1), que cette organisation de la société, tout en laissant dans les mains du conseil d'administration l'autorité supérieure et la direction d'ensemble des affaires sociales, constituait cependant un pouvoir particulier de gestion, qui était une délégation directe de l'assemblée ; que toute la gestion ainsi attribuée par les statuts à un directeur gérant du choix des actionnaires devait rendre plus difficile au conseil d'administration la connaissance de la suite des opérations et l'exercice utile de sa surveillance et de son autorité, qu'il y avait là une certaine restriction à son pouvoir de libre administration, et que cette circonstance doit être équitablement prise en considération pour déterminer la mesure de la responsabilité ; qu'en pareil cas la responsabilité des membres du conseil ne saurait être engagée par les actes du directeur gérant, qui n'est pas leur préposé, actes qu'avec les soins ordinaires d'une bonne administration ils n'auraient pu connaître ni empêcher. » Bien que cet arrêt statue dans une espèce antérieure à la loi de 1867, sa théorie nous paraît fort juste et nous pensons que l'on doit conclure avec lui que les administrateurs ne sont tenus que des soins d'une bonne administration, qu'en conséquence ils ne peuvent être déclarés responsables des actes du directeur qu'une diligence ordinaire ne leur permettait pas de prévoir ou que leurs pouvoirs ne leur permettaient pas d'empêcher.

Ajoutons que, dans le cas qui nous occupe, la res-

(1) Paris, 30 avril 1869. Sirey, 70, 1, 365.

ponsabilité des administrateurs doit être pesée avec d'autant moins de sévérité qu'ils n'ont point de recours contre un directeur qui n'est pas leur mandataire, tandis qu'ils ont une action récursoire née du mandat lorsque ce sont eux-mêmes qui l'ont choisi et nommé.

SECTION III

Etendue de la responsabilité

§ 1er. — *Des personnes qui peuvent s'en prévaloir*

Trois groupes généraux de personnes peuvent invoquer à l'encontre des administrateurs d'une société anonyme la responsabilité encourue par ceux-ci à raison des actes de la gestion ; ce sont : d'abord la société elle-même, puis en second lieu les actionnaires individuellement envisagés, enfin les tiers, dont la variété est considérable et parmi lesquels les obligataires prennent une importance toute spéciale.

A
Responsabilité à l'égard de la société.

Les administrateurs sont les mandataires de la société, c'est-à-dire de la personne morale envisagée indépendamment des personnes qui la constituent. Leur responsabilité à son égard a donc, avant tout, le caractère d'une responsabilité contractuelle née de l'inexécution du mandat et existe sans qu'il soit nécessaire que les administrateurs aient commis un quasi-délit auquel soit applicable l'article 1382 du Code civil. A cette responsabilité contractuelle, la société peut joindre la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, car si les mandataires sont responsables de l'inexécution de leur mandat, *a fortiori* doivent-ils être tenus de leur faute ou de leur dol.

Comme le mandat dont ils sont investis leur est conféré par la société, ils le tiennent de la collectivité et non point des individus, de telle sorte que les actions nées du mandat appartiennent à la société seule qui, seule

aussi, peut les exercer, y renoncer soit expressément, soit par une ratification des actes de gestion. La conséquence de cette observation est importante dans la pratique ; si les administrateurs, sans se rendre coupables d'un quasi-délit, ont cependant apporté à la gestion des affaires sociales une négligence inconciliable avec les devoirs d'un mandataire diligent, laquelle négligence a, d'ailleurs, causé un préjudice aux intérêts de la société, il n'est pas douteux que cette négligence ne puisse être invoquée que par la personne morale dont les administrateurs ont reçu un mandat collectif, c'est-à-dire par la société, et que la société, réunie en assemblée générale, ne puisse seule la couvrir par une ratification, un *quitus* donné aux administrateurs. La société éteint par là l'action en responsabilité ; mais cette ratification produit cet effet plus étendu d'éteindre également l'action en responsabilité à l'égard des actionnaires agissant *ut singuli* (1). La ratification émanée de l'assemblée générale anéantit toutes les actions nées du mandat ; donc les actionnaires ne peuvent plus, en invoquant ce même mandat et en alléguant une faute du mandataire dans l'exécution de sa mission, exercer une action en responsabilité contre lui sans se heurter au *quitus* qu'il a obtenu de l'assemblée (2).

La règle est la même lorsqu'au lieu d'une ratification l'assemblée générale a adopté une transaction avec les administrateurs, et l'on doit également en con-

(1) Paris, 22 avril 1870. S., 71, 2, 169. — Paris, 20 février 1875. D. P., 77, 2, 54. — Grenoble, 6 juillet 1875. S., 76, 2, 103. — Cass., 10 février 1877. S., 77, 1, 445. — Cass., 23 février 1885. S., 85, 1, 337. — Seine, 20 mai 1889. J. S., 1889, 523.

(2) Cass., 21 juin 1881. D. P., 81, 1, 467. Sirey, 85, 1, 107. — Cass., 9 juin 1874. D. P., 76, 1, 387.

clure que la somme versée par ces derniers à titre transactionnel doit être encaissée par la société, dont elle servira tout d'abord à éteindre le passif; les actionnaires n'auront sur cette somme que les droits qui leur compètent normalement en cas de liquidation, c'est-à-dire le droit de toucher une part de l'actif net proportionnelle à leurs droits sociaux.

Ces observations indiquent clairement que l'action en responsabilité appartenant à la société ne peut être intentée que par l'assemblée générale des actionnaires, et que notamment le conseil d'administration est sans qualité pour l'exercer contre un de ses membres.

B
Responsabilité à l'égard des actionnaires.

Les actionnaires ont le droit de poursuivre les administrateurs à raison de leurs actes de gestion : 1° au cas de responsabilité contractuelle, ils ont une action individuelle de mandat qui doit être exercée lorsque la société n'agit pas, ou lorsque les actionnaires éprouvent un préjudice distinct de celui de la masse (1); 2° au cas de responsabilité quasi délictuelle, ils peuvent poursuivre la réparation du préjudice qui en résulte pour eux à l'aide d'une action individuelle fondée sur l'article 1382 du Code civil (2).

Lorsque la responsabilité des administrateurs est engagée *ex contractu* par une faute dans l'accomplis-

(1) Paris, 22 avril 1870. D. P., 70, 2, 121. Sirey, 71, 2, 169. — Cass., 7 mai 1872. D. P., 72, 1, 233. Sirey, 72, 1, 123. — Paris, 20 février 1875. D. P., 77, 2, 54. — Cass., 20 février 1877. D. P., 77, 1, 201. Sirey, 77, 1, 445. — Lyon, 16 mai 1882. J. S., 1882, 709 — Cons. Boistel, n° 313 *bis;* Houpin, II, n° 826; Ruben de Couder, n° 341; P. Pont, n° 1761.

(2) Paris, 1er août 1868. D. P., 69, 2, 5. — Cass., 7 mai 1872, *ibid.* — Cass., 11 novembre 1873. S., 74, 1, 67. — Cass., 9 juin 1874. S., 74, 1, 296. — Paris, 28 juin 1894. J. S., 1894, 456. — Seine, 8 juin 1894. R. S., 1894, 483.

sement du mandat, les actionnaires envisagés *ut singuli* et la société ont des droits parallèles, mais lorsque la société transige, ratifie ou poursuit, les actionnaires ne peuvent plus agir contre les administrateurs, puisque les mêmes droits, les mêmes actions sont exercées contre eux par la société. Assurément, l'action sociale de mandat au profit de la société et l'action individuelle de mandat au profit des actionnaires existent simultanément (1), mais avec cette restriction que la société peut, en éteignant la première par une transaction, par un quitus, éteindre aussi la seconde.

Le véritable intérêt que les actionnaires peuvent avoir à posséder une action *mandati directa* apparaît dans deux hypothèses :

(α) L'assemblée générale peut garder une attitude purement passive, ne point agir ni pour ratifier les actes de gestion, ni pour poursuivre les administrateurs ; les actionnaires peuvent alors individuellement exercer une action en responsabilité fondée sur le mandat.

(β) Il faut, d'autre part, leur reconnaître le même droit lorsque, la société ayant épuisé ou éteint son action sociale en responsabilité contractuelle, certains des actionnaires éprouvent un préjudice distinct de celui de la masse. Ce dommage spécial ne s'étant fixé que sur quelques-uns des associés, l'assemblée générale ne pouvait se substituer à chacun d'eux pour lui obtenir réparation, car elle ne peut agir qu'au nom de la société et dans la mesure des intérêts sociaux.

Si la responsabilité des administrateurs est engagée par un quasi-délit de leur part, les actionnaires sont

(1) *Contra :* Note Labbé sous Cass. Sirey, 85, 1, 337.

armés contre eux de l'action en dommages-intérêts de droit commun, et comme c'est là une responsabilité quasi délictuelle, exclusive de toute idée de mandat, les ratifications ou transactions intervenues entre la société et les administrateurs sont sans influence sur le sort de cette action.

En distinguant la faute contractuelle de la faute délictuelle ou quasi délictuelle, nous nous rattachons à une idée que la doctrine française admet généralement depuis de longues années. La loi de 1898 sur les accidents du travail y a trouvé son fondement juridique. Elle est cependant discutée par des critiques autorisés [1] : « La différence qu'on prétend établir entre les deux espèces de faute, dit M. Planiol, manque entièrement de base; ce n'est qu'une sorte d'illusion résultant d'un examen superficiel ; l'une et l'autre faute créent également une obligation, celle de réparer par une indemnité le dommage causé ; l'une et l'autre supposent également l'existence d'une obligation antérieure; l'une et l'autre consistent également en un fait qui est la violation de cette obligation. Seulement, dans ce qu'on est convenu d'appeler la faute délictuelle, l'obligation violée est une obligation légale, ayant ordinairement pour objet un fait négatif, une abstention [2]. » Sans entrer dans le vif de cette discussion, ce qui nous écarterait trop du sujet entrepris, observons que l'objection de M. Planiol révèle que, dans sa pensée même, il y a tout au moins entre la faute délictuelle et la faute

(1) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1900, II, n° 911. — Lefebvre, *Revue critique*, 1886, p. 485. — Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité*. Rennes, 1892.

(2) Planiol *ibid*, n° 914.

contractuelle une différence d'origine. Que la faute délictuelle soit, en dernière analyse, la violation d'une obligation, il en résulte simplement que cette obligation légale ne peut être confondue avec l'obligation contractuelle, dont la violation engendre la faute contractuelle. Qu'elles soient l'une et l'autre la violation d'une obligation, c'est exact; mais qu'on reconnaisse alors que chacune d'elles est la violation d'une obligation différente, de nature et d'origine distinctes. Il est donc aussi exact de dire qu'il y a deux sortes de fautes qu'il est juste de dire qu'il y a deux sortes d'obligations qui les font naître. Ceci nous paraît justifier suffisamment une distinction que l'étude de la responsabilité montre nécessaire et dont l'utilité apparaît plus considérable lorsqu'il s'agit de quasi-délit que lorsque la faute est constituée par un délit. Comment admettre que la personne qui a violé un contrat librement accepté par elle ne soit pas plus sévèrement tenue vis-à-vis de son cocontractant, que l'individu dont la faute a causé un préjudice à un tiers vis-à-vis duquel il n'avait contracté aucune obligation spéciale?

C
Responsabilité à l'égard des tiers.

Aux termes de l'article 32 du Code de commerce, les administrateurs des sociétés anonymes n'étant pas, comme les gérants des autres sociétés, associés en nom, n'obligent que le capital social et ne peuvent pas être poursuivis personnellement, mais seulement comme administrateurs de la société et détenteurs de ses capitaux [1]. Telle est la règle qui préside à l'exécution des

(1) Houpin, *op. cit.*, 827. — Alauzet, *op. cit.*, n° 556. — Boistel, *op. cit.*, n° 314.

engagements pris par les administrateurs à l'égard des tiers. Elle se complète par l'action en responsabilité que ceux-ci possèdent chaque fois qu'ils sont lésés par un délit ou un quasi-délit des administrateurs. Il ne peut être question ici de responsabilité contractuelle ; contrairement à l'avis exprimé par un arrêt de la Cour de Colmar du 3 juillet 1867 (1), on doit bien reconnaître qu'il n'existe entre les administrateurs et les tiers aucun lien préalable à la faute, antérieur au quasi-délit dont ces derniers se prétendent victimes. Cet arrêt laisse entendre clairement que les administrateurs doivent être considérés comme les mandataires des tiers, « ....qu'en acceptant les fonctions de membres du conseil d'administration d'une société anonyme, ils assuraient l'obligation de gérer et de surveiller dans l'intérêt des tiers comme dans celui de la société, et que dès lors ils ne sauraient se prévaloir de la prétendue approbation implicite de leur gestion par les actionnaires, leurs mandants (2). » Cela n'est pas exact, les administrateurs ne doivent aux tiers qu'une attitude passive : s'abstenir de toute faute, de tout délit, et ils le doivent comme tous les individus se le doivent les uns aux autres, sans que cette abstention trouve sa justification dans un lien conventionnel. Les administrateurs ne sont pas les mandataires des tiers, ils ne sont tenus aux regards de ces derniers que de l'abstention de délit ou de quasi-délit et le mandat qu'ils ont reçu de la société n'a rien à voir dans leurs rapports avec les tiers, quand ceux-ci invoquent une faute dommageable dont ils sont les auteurs. « Mandataires de la collectivité des associés, dit

1. D. P., 67, 2, 238.
(2) Même arrêt.

M. P. Pont [1], les administrateurs ne sont nullement les mandataires des tiers. Ce n'est pas dès lors en vertu des règles du mandat que ces derniers, si par le fait ou la faute des administrateurs, ils ont souffert un préjudice, en pourront demander réparation. »

La conclusion qui découle de cette observation est qu'en l'absence de lien contractuel, les tiers ne peuvent invoquer contre les administrateurs que la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle fondée sur l'article 1382 du Code civil [2]. Cette responsabilité est régie, de tous points, par les règles du droit commun ; elle ne peut être couverte ni par le quitus donné au conseil d'administration, ni par la transaction intervenue entre la société et lui.

Il existe cependant un cas où les tiers devront compter avec le quitus, l'approbation des comptes ou la transaction émanés de la société : c'est lorsqu'ils exercent, en qualité de créanciers de la société, l'action en responsabilité à raison des actes de gestion des administrateurs et qu'ils empruntent en vertu de l'article 1166 du Code civil l'action de mandat qui appartient à leurs débiteurs. Subrogés aux droits de ces derniers dans l'exercice de l'action, ils sont soumis aux mêmes règles qu'eux, en sorte que, si les actionnaires ont donné aux administrateurs un quitus général et sans réserve des actes de gestion incriminés, les tiers créanciers des

(1) P. Pont, *Sociétés*, t. II, n° 1709.

(2) Boistel, *op. cit.*, n° 314. — Houpin, *op. cit.*, II, n° 827. — Pont, *op. cit.*, n° 1709. — Vavasseur, *op. cit.*, n° 862. — Paris, 22 avril 1870. D. P., 70, 2, 121. — Cass., 23 février 1870. D. P., 71, 1, 229. — Paris, 28 juin 1870. Sirey, 74, 1, 97. — Seine, 28 juillet 1880. J. S., 1880, p. 597. — Seine, 14 mai 1881. J. S., 1882, p. 8. — Paris, 27 juillet 1898. J. S., 1899, 162.

actionnaires ou de la société ne pourront utiliser, sous forme d'action oblique, une action qui n'existe plus entre les mains de leurs débiteurs.

D
Responsabilité à l'égard des obligataires.

Les obligataires ne sont que des tiers, créanciers de la société, et s'ils méritent une observation distincte de celle relative aux tiers en général, c'est à raison de l'importance du rôle qu'ils jouent dans la vie des sociétés commerciales.

Ils peuvent, comme tous les autres tiers, intenter contre les administrateurs, coupables d'un quasi-délit qui leur a porté préjudice, une action en responsabilité fondée sur l'article 1382. C'est ainsi que l'on a considéré comme responsables, vis-à-vis des obligataires, les administrateurs qui ont émis des obligations dites hypothécaires, alors que l'hypothèque promise n'a jamais été réalisée (1), et ceux qui ont provoqué des souscriptions d'obligations par des publications mensongères, des productions de bilans inexacts (2).

Les obligataires, n'étant que des créanciers sociaux, n'ont pas plus de droits que les simples tiers et ne peuvent invoquer la responsabilité contractuelle qu'en exerçant, en vertu de l'article 1166 du Code civil, les droits de la société contre les administrateurs, et à la condition que les droits de la société soient encore entiers et n'aient pas été éteints par une décharge donnée au conseil ou une transaction (3).

(1) Paris, 14 avril 1883. D. P., 84, 2, 122.

(2) Cass., 26 mars 1878. Sirey, 79, 1, 17. — Paris, 27 décembre 1883. D. P., 84, 2, 222. — Paris, 26 mars 1886. D. P., 87, 2, 57. — Paris, 23 mars 1887. R. S., 1887, 359. — Cass., 18 mars 1891. R. S., 1891, 257.

(3) Paris, 16 avril 1870. Sirey, 71, 2, 169. D. P., 70, 2, 121. — Cass., 7 mai 1872. Sirey, 72, 1, 223. D. P., 72, 1, 233.

Les administrateurs sont, on le voit, placés dans une situation moins favorable en face des obligataires que lorsqu'ils se trouvent devant la société ; ils peuvent en effet rendre un compte annuel de leur gestion et obtenir avec leur quitus une décharge pleine et entière de leur responsabilité. Au contraire, les obligataires, malgré le lien étroit qui les unit à la société et les intéresse à son existence, ne peuvent pas exercer un contrôle sur les administrateurs ni leur donner une décharge. Les obligataires n'ont pas de représentation organisée qui puisse traiter avec les administrateurs, obtenir des mesures conservatoires, veiller à l'accomplissement des formalités essentielles de l'emprunt, à la réalisation du gage hypothécaire Ils sont obligés de s'en remettre aveuglément à la bonne foi d'un conseil d'administration qui, n'étant pas leur mandataire, ne leur doit qu'une diligence de conduite purement passive et ne peut, en revanche, faire apprécier par la masse des obligataires la régularité des actes qui les concernent, ni obtenir une approbation de sa gestion vis-à-vis d'eux.

La Commission extraparlementaire chargée par M. le garde des sceaux d'étudier les réformes dont serait susceptible la législation des sociétés par actions, a préparé un projet de loi[1] qui organise l'assemblée générale des obligataires, de façon à permettre à ces derniers de contrôler le mérite de leur créance.

L'article 11 du projet est ainsi conçu : « Au cas spécial où des sûretés particulières, comme des privilèges ou hypothèques, ou d'autres causes légitimes de préférence, doivent appartenir aux porteurs d'obligations,

(1) *Le Rentier*, 7 juillet 1903.

la Société doit convoquer, dans les quinze jours qui suivent soit le commencement de l'émission, soit la clôture de la souscription, l'assemblée générale des obligataires, à l'effet de désigner un ou plusieurs représentants chargés de représenter les créanciers dans l'accomplissement de toutes les formalités légales ; à défaut de nominations de commissaires par l'assemblée, ou en cas de refus d'un ou de plusieurs des commissaires nommés, il est procédé à leur nomination ou à leur remplacement par ordonnance du président du tribunal de commerce du siège de la société, à la requête de tout intéressé. Les pouvoirs des commissaires durent jusqu'à ce qu'ils aient été remplacés ou réélus dans une assemblée ultérieure. Toutes délibérations ou tous actes autorisant un emprunt sous forme d'obligations ayant pour sûreté la concession d'une hypothèque ou nommant des commissaires peuvent être rédigés en la forme sous seings privés, conformément à l'article 69 de la loi du 24 juillet 1867. Les administrateurs ou gérants devront requérir dans la huitaine de l'acte autorisant l'emprunt, dans les formes ordinaires, une inscription éventuelle au profit de la masse des futurs porteurs d'obligations. L'hypothèque ultérieurement constituée par acte authentique constatant le résultat de l'émission prendra rang du jour de l'inscription provisoire. L'inscription sera, à peine de péremption, rendue définitive dans le délai de six mois de l'inscription provisoire, par la mention en marge de cette inscription de l'acte constitutif d'hypothèque et du nom du représentant des obligataires, nommé conformément aux dispositions précédentes. »

Ce projet de loi organise fort judicieusement la re-

présentation légale des obligataires et le contact permanent de cette représentation avec le conseil d'administration ; il serait utile d'y joindre une disposition imposant aux administrateurs l'obligation de faire contrôler et approuver par l'assemblée des obligataires la sincérité des bilans, inventaires et publications diverses ayant servi à provoquer les souscriptions, la réalisation des garanties promises et affectées aux obligations, le plan de l'amortissement, s'il y a lieu. Les obligataires trouveraient dans une réglementation de cette nature une sécurité que l'état actuel du droit ne leur donne qu'imparfaitement et les administrateurs se trouveraient eux-mêmes déchargés d'une responsabilité dangereuse. Il est permis d'espérer que ce projet deviendra, dans un avenir rapproché, une législation définitive.

§ 2. — *Etendue de la responsabilité au point de vue passif*

La responsabilité encourue par les administrateurs à raison des actes de leur gestion peut être individuelle ou solidaire suivant les cas : telle est la volonté expresse du législateur.

La règle doit être la responsabilité individuelle, car le droit commun exige qu'il en soit ainsi, et l'article 44 se réfère aux principes généraux du droit. Chacun des administrateurs est donc déclaré responsable à raison de ses propres fautes et dans la mesure du préjudice qu'il a personnellement provoqué. La première conséquence de cette règle est donc l'exonération des membres du conseil auquel aucune faute n'est imputable. Contrairement à la théorie admise au cas de

nullité, ce conseil n'est point, de plein droit, lié par une responsabilité solidaire [1].

C'est ainsi que le juge doit affranchir de tous dommages-intérêts les administrateurs qui ont refusé de s'associer à la mesure qui a préjudicié à la société ou aux tiers, à la condition que leur opposition soit manifestement établie [2] ; ceux qui ont voté contre cette mesure ou qui étaient absents lorsqu'elle a été prise, pourvu qu'ils ne l'aient pas approuvée postérieurement ni qu'ils l'aient connue sans protestation de leur part [3] ; ceux enfin qui l'ont ignorée, mais à la condition que la faute ait été à ce point dissimulée qu'elle ne pouvait être découverte par une attention et surveillance consciencieuses et qu'ils ont fourni la diligence à laquelle les obligeait leur mandat [4]. Nous avons dit, en effet, que la seule bonne foi ne suffisait pas à exonérer les administrateurs, s'ils avaient manqué de surveillance et de soins et si leur ignorance provenait de leur négligence ou de leur indifférence. Nous avons également vu qu'ils étaient responsables d'une passivité préjudiciable ou d'une simple abstention.

Au contraire, la responsabilité sera solidaire dans quatre cas :

(1) Paris, 22 avril 1870. D. P., 70, 2, 121. — Paris, 16 août 1870. Sirey, 71, 2, 169. — Cass , 3 décembre 1890. D. P., 91, 1, 117. — Cass., 18 mars 1891. D. P., 91, 1, 401. — Paris, 7 janvier 1892. D. P., 93, 2, 59. — Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, n° 244. — Lyon-Caen et Renault, *Précis*, n° 481. — Houpin, II, *op. cit.*, n° 824. — Vavasseur, *op. cit.*, II, n° 857. — Sourdat, *Traité de la responsabilité*, II, n° 174.

(2) Trib. commerce Seine, 22 décembre 1890, aff. Crédit viager. R. S., 1891, p. 276.

(3) Paris, 1er août 1883. J. S., 1883, 735. — Seine, 8 juin 1894. D. S., Sociétés, 1529.

(4) Besançon, 17 mars 1897. J. S., 1897, 400.

1° Lorsque la faute reprochée aux administrateurs constitue un délit; par exemple, au cas de distribution de dividendes fictifs, s'il est établi que tous les administrateurs responsables étaient de mauvaise foi; c'est l'application du droit pénal commun [1];

2° Lorsque la faute est commune à tous les administrateurs, par exemple lorsqu'elle consiste en une délibération du conseil d'administration [2];

3° Lorsqu'il est impossible au juge de déterminer la part que chacun des administrateurs a prise dans l'accomplissement de la faute [3];

4° Lorsque la responsabilité est engagée par un ensemble indivisible de fautes [4].

Dans tous les cas, que la responsabilité personnelle des administrateurs soit individuelle ou solidaire, la responsabilité réelle, celle qui frappe les actions de garantie déposées par eux dans la caisse sociale, ne se divise pas. Toutes les actions répondent de la gestion, alors même que la faute reprochée ne serait imputable qu'à un seul des membres du conseil. «.... Ces actions,

(1) Garraud, *Précis de droit criminel*, 7e éd., 1901, n° 646. — Paris, 31 mai 1892. D. P., 93, 2, 249.— Dalloz, *Suppl.*, v° Sociétés, n° 1544.

(2) Paris, 31 mai 1892. D. P., 93, 2, 249. — Paris, 28 juin 1894. J. S., 94, 456. — Besançon, 1er février 1895. J. S., 1895, 354. — Cass., 5 mai 1896. J. S., 1896, 299.

(3) Paris, 26 mars 1886. D. P., 87, 2, 57. — Rouen, 25 juillet 1887. D. P., 90, 1, 241. R. S , 1887, 431. — Paris, 28 juin 1894. D. P., 94, 2, 523. — Cass., 15 juillet 1895. R. S., 95, 539. — Paris, 18 juillet 1895. D. P., 96, 2, 79. — Cons. les notes de M. Levillain (D. P., 90, 2, 321); de M. Cohendy (D. P., 92, 1, 179), de M. Pic (D. P., 93, 2, 249). — Conf. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 825.

(4) Lyon, 8 août 1864. D. P., 65, 2, 197. Sirey, 64, 2, 38. — Lyon 17 août 1865. D. P., 66, 1, 194. — Paris, 16 avril 1870. D. P., 70, 2, 124. — Lyon, 11 juillet 1873. D. P., 74, 2, 209. Sirey, 74, 2, 73. — Paris, 1re août 1883. J. S., 1883, 735. — Cass., 14 février 1898. J. S., 1898, 300. — Cass., 31 mars 1896. J. S., 1896, 298.

dit l'article 26, sont affectées, en totalité, à la garantie de tous les actes de la gestion, même de ceux qui seraient exclusivement personnels à l'un des administrateurs. » Ces titres forment donc bien un groupe indivisible de valeurs qui répond, dans son intégralité, des actes de gestion. Les actionnaires ou les tiers qui obtiennent contre un ou plusieurs administrateurs une condamnation à des dommages-intérêts, en raison d'une faute commise dans la gestion, peuvent donc exécuter la condamnation sur toutes les actions déposées dans la caisse, sans avoir à se préoccuper des droits respectifs de chacun des administrateurs sur les titres qu'il a lui-même affectés à la garantie de sa gestion. Mais il va sans dire que les administrateurs innocents, contre lesquels aucune condamnation n'a été prononcée, peuvent exercer un recours contre ceux de leurs collègues déclarés responsables pour obtenir d'eux le remboursement des actions dont ils étaient propriétaires et qui, en tant qu'actions de garantie, ont servi à réparer le préjudice causé par la faute de ces derniers (1).

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 822. — Houpin, *op. cit.*, n° 824.

SECTION IV

Quitus et ratifications

Les administrateurs rendent compte, chaque année, à l'assemblée générale des actionnaires, de leur gestion et demandent à la société d'approuver leurs comptes et de leur donner un *quitus* de leur gérance ; ce *quitus*, s'il n'est pas donné à l'assemblée annuelle, est, en tous cas, sollicité lorsque expirent les fonctions des administrateurs.

Le *quitus* est une décharge générale de la responsabilité encourue par eux à raison de leur gestion ; c'est une ratification globale de tous les actes accomplis. A côté de cette décharge générale, embrassant toute la gestion, l'assemblée peut ratifier isolément un acte déterminé par une délibération spéciale.

Cette approbation, absolue ou relative, a-t-elle pour effet de couvrir intégralement les administrateurs et de les décharger de toute responsabilité ?

Il faut distinguer d'abord suivant que la société a ou n'a pas le pouvoir de la donner.

Si les actes accomplis par les administrateurs rentrent dans la limite des pouvoirs que leur ont conférés les statuts, assurément la société peut les ratifier, car les administrateurs sont ses mandataires et le mandant peut, sans conteste, renoncer à toutes les actions relatives à l'exécution du mandat (1).

(1) Cass., 20 février 1877. D. P., 77, 1, 201. — Paris, 16 avril 1870. D. P., 70, 2, 121.

Si, au contraire, les actes qu'il s'agit d'approuver ont été accomplis par les administrateurs en dehors des limites de leur mandat, la société peut les couvrir d'un quitus, mais à la condition que ces actes soient tels qu'ils aient pu émaner de l'assemblée elle-même ou être simplement subordonnés à son autorisation (1). On concevrait difficilement, en effet, que la société ait le droit de ratifier un acte qu'elle n'aurait pas celui d'accomplir elle-même.

Quel est maintenant, sous le bénéfice de cette distinction, l'effet du quitus décerné aux administrateurs par la société ?

Il éteint l'action sociale en responsabilité, de telle sorte que la société ne peut plus poursuivre les administrateurs à raison des actes de leur gestion, sans se heurter à son quitus et voir son action déclarée non recevable. Observons qu'il s'agit ici uniquement des relations contractuelles qui lient par un mandat la société et ses administrateurs; comme c'est la société qui est mandante, elle ne peut éteindre par son quitus que l'action qui lui compète en cette qualité, c'est-à-dire l'action sociale. Les administrateurs se trouvent par le fait complètement dégagés vis-à-vis de la société, dont l'action en responsabilité est détruite sans que les actionnaires puissent la faire revivre (2).

Ce principe doit cependant recevoir une double restriction.

(1) Paris, 30 juillet 1867. D. P., 67, 2, 238. — Dijon, 10 avril 1867. Sirey, 68, 2, 342. — Cass., 21 juin 1881. D. P., 81, 1, 466.

(2) Paris, 30 juillet 1867. D. P., 67, 2, 238. — Paris, 16 avril 1870. D. P., 70, 2, 121. — Paris, 20 février 1875. D. P., 77, 2, 54. — Cass., 20 février 1877. D. P., 77, 1, 201. — Cass., 23 février 1885. D. P., 95, 1, 413. P. Chr., VI, 1, 314.

(α) Il est certain que le quitus doit être délivré par l'assemblée sans erreur de sa part, ni dol de la part des actionnaires ou des administrateurs. Dans le cas contraire, les délibérations qui l'ont donné peuvent être annulées et l'action en responsabilité renaît en même temps que s'évanouit, avec la délibération qui l'a prononcé, la ratification obtenue sous l'empire du dol ou de l'erreur. Encore est-il nécessaire, pour qu'il en soit ainsi, que le dol réunisse les conditions prescrites par l'article 1116 du Code civil, c'est-à-dire qu'il ait été réalisé au moyen de manœuvres pratiquées par les administrateurs, dans des circonstances telles qu'il soit évident que, sans ces manœuvres, l'assemblée générale n'aurait pas donné son approbation (1).

(β) Le quitus peut, d'autre part, avoir un caractère conditionnel; les administrateurs n'obtenant l'approbation de leurs comptes qu'à la condition de prendre et d'exécuter certains engagements, comme par exemple d'indemniser la société de la perte causée par une opération accomplie par eux en dehors de leurs pouvoirs. Si les administrateurs réalisent la condition à laquelle est subordonnée le quitus, ils sont dégagés de toute action en responsabilité vis-à-vis de la société (2). Si, au contraire, les clauses et conditions du quitus ne sont pas exécutées, ils peuvent être poursuivis par la société, qui demandera contre eux cette exécution ou, à défaut de cette exécution, la nullité de l'approbation condition-

(1) Houpin, *op. cit.*, II, 829. — Aubry et Rau, *Droit civil*, 4e éd., IV, n° 343 *bis*. — Vavasseur, *op. cit.*, II, n° 874. — Paris, 28 avril 1887. *La Loi*, 6 mai 1887. — Cass., 16 juin 1891. D. P., 92, 1, 321.

(2) Paris, 30 juin 1883. D. P., 85, 2, 18. — Cass., 23 février 1885. J. S., 1885, 2 et 379.

nelle accordée par elle. Cette annulation obtenue, l'action en responsabilité est réputée n'avoir jamais cessé d'exister.

Sous cette double restriction, le quitus donné sans fraude et en connaissance de cause, éteint l'action sociale qui ne peut plus être exercée ni par la société, ni par les actionnaires, ni par le syndic de la société en faillite, ni par son liquidateur si elle est dissoute. Il est bien entendu que cette ratification ne peut, en aucun cas, porter atteinte aux règles constitutives de la société ni en altérer les caractères essentiels. A la condition de les respecter et de procéder d'une délibération régulière, elle met les administrateurs à l'abri de toute action sociale en responsabilité (1). Encore faut-il cependant que le quitus soit obtenu en temps opportun, car il fait disparaître la faute et ne vicie pas l'action en responsabilité elle-même, de telle sorte que, si l'action en responsabilité est déjà introduite au moment où la ratification de la gestion est donnée aux administrateurs, on ne peut admettre que cette action soit paralysée en vertu d'un effet rétroactif que rien ne permet de reconnaître au quitus délivré par l'assemblée générale (2). L'effet doit en être également nul, par application de la distinction proposée plus haut, lorsque l'action en responsabilité vise des violations de la loi ou des statuts commises par les administrateurs. L'assemblée générale n'avait pas le droit de les autoriser, on ne saurait donc

(1) Cass., 21 juin 1881. D. P., 81, 1, 465. Sirey, 85, 1, 107. — Paris, 11 juillet 1882. R. S., 1883, 181. — Cass., 23 février 1885. D. P., 85, 2, 18. — Paris, 29 mai 1889. J. S., 1890, 75. — Paris, 10 mars 1892. J. S., 1892, 289. — Cass., 16 juin 1891. R. S., 1891, 429. — Cass., 13 novembre 1893. J. S., 1894, 133. Besançon, 17 mars 1897. J. S., 1897, 400.

(2) Cass., 1er juillet 1897. J. S., 1898, 110.

lui reconnaître le droit de les ratifier et d'en faire des actes légitimes et réguliers [1].

L'effet de l'approbation donnée par l'assemblée a pour résultat d'éteindre l'action sociale en responsabilité ; par contre, cet effet s'arrête là. La société, en effet, n'a pu ratifier que dans la mesure de ses propres intérêts et rien ne lui permet de porter, par cette ratification, un préjudice quelconque aux intérêts des tiers. Il convient d'entendre ici ce terme « tiers » au sens le plus large, c'est-à-dire qu'il désigne non seulement les tiers ou personnes étrangères à la société, mais les actionnaires eux-mêmes envisagés individuellement et séparément de la personnalité juridique de la société. Si, par conséquent, les actionnaires ont éprouvé dans leur patrimoine propre un préjudice causé par une faute des administrateurs, l'approbation de la gestion de ces derniers reste sans aucune influence sur l'action individuelle que les actionnaires exercent afin d'en obtenir réparation.

L'effet du quitus sur les droits des créanciers et des tiers en général se détermine par le simple jeu des principes généraux.

Les créanciers de la société, agissant en leur propre nom contre les administrateurs auxquels ils reprochent des fautes qui ont porté dommage à leurs intérêts, n'ont pas à se préoccuper de la ratification obtenue de l'assemblée générale des actionnaires. Au contraire, elle constitue une fin de non-recevoir contre leur action, s'ils intentent en vertu de l'article 1166 l'action sociale appartenant à leur débitrice. Ils ne peuvent, en effet,

(1) Cass., 1er juillet 1897. J. S., 1898, 110.

exercer à cet égard des droits qui n'existent plus.

Les créanciers personnels des actionnaires ne peuvent invoquer la responsabilité des administrateurs qu'en exerçant l'action oblique : ils sont donc, par rapport au quitus, placés dans la même situation que leurs débiteurs. Armés de l'action individuelle, ils ne peuvent être repoussés par l'effet d'une approbation émanée de l'assemblée générale, puisque cette action tend à la réparation d'un préjudice causé au patrimoine propre de l'actionnaire et non à celui de la société, par la faute des administrateurs.

TITRE III

DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ

TITRE III

DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ

CHAPITRE PREMIER

FORMES ET CARACTÈRES DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ

L'exercice de l'action en responsabilité suppose, dans tous les cas, l'existence d'un préjudice et d'une faute, soit démontrée, soit présumée, à la charge des administrateurs. Cette double preuve constitue l'élément extrinsèque, la condition objective de la recevabilité de l'action.

Au cas de nullité, la preuve de droit commun est remplacée par une présomption de faute qui a pour effet de subordonner l'exercice de l'action en responsabilité à la déclaration préalable de la nullité de la société. L'article 42 de la loi de 1867 ne peut, en effet, se séparer de l'article 41 ; d'où la conséquence que l'action en responsabilité fondée sur l'article 42 n'est pas recevable si la société n'a pas été déclarée nulle. Cela ne signifie pas cependant que l'on doit forcément intenter deux instances séparées, l'une pour demander la nullité de la société, l'autre pour obtenir que les administrateurs

soient déclarés responsables : non, rien ne s'oppose à ce qu'une même action comprenne les deux demandes et vise un double objet ; la responsabilité des administrateurs étant considérée comme la conséquence de la nullité de la société.

Les tribunaux saisis d'une action en responsabilité doivent donc examiner auparavant quel est le sort de la nullité. Trois cas peuvent se présenter :

1° La société a été annulée par une décision antérieure. Les juges saisis de l'action en responsabilité de l'article 42 n'ont plus à se préoccuper de la société, qui est anéantie, et doivent régler les responsabilités qui découlent de cette annulation. Il importe peu que l'infraction légale pour laquelle les demandeurs entendent voir proclamer la responsabilité des administrateurs ne soit pas la même que celle qui a entraîné la nullité. Ainsi, une société est annulée pour défaut de publicité à l'origine et les administrateurs seuls ont été déclarés responsables ; puis on intente contre eux, et en même temps contre les fondateurs, une nouvelle action fondée sur la violation de l'article 1er de la loi de 1867. Les juges saisis de cette nouvelle action ne peuvent pas prononcer, encore une fois, la nullité d'une société déjà annulée, car on ne peut annuler ce qui n'existe plus (1) ; mais ils doivent déclarer responsables ceux des administrateurs auxquels cette cause de nullité est imputable et agir de même à l'égard des fondateurs.

2° L'action en responsabilité est intentée concurremment avec l'action en nullité ; la question de nullité se pose donc la première et doit être tranchée en pre-

(1) Cass., 12 avril 1864. D. P., 64, 1, 377.

mier lieu ; ensuite seulement, si la nullité est prononcée, le juge applique les responsabilités qui en découlent.

3° Le tribunal saisi d'une action en responsabilité n'est pas en même temps saisi d'une action en nullité, et cette nullité n'a d'ailleurs pas été prononcée précédemment. Les juges peuvent-ils, en présence des infractions aux règles constitutives établies à la charge des administrateurs, prononcer une condamnation à des dommages-intérêts ? Assurément non ; il leur est interdit, en effet, de déclarer d'office nulle une société dont l'annulation n'est pas demandée et ils ne peuvent pas, d'autre part, en dehors d'une nullité prononcée, déclarer les administrateurs responsables. Ces derniers doivent donc être exonérés, quelque graves que soient les infractions relevées contre eux.

Que la responsabilité des administrateurs soit engagée par la nullité du contrat originaire ou par une faute de gestion, l'action dirigée contre eux pour la sanctionner peut revêtir une double forme suivant les personnes qui l'exercent ou l'objet même de l'action ; elle peut constituer une *action sociale* si elle tend à la réparation d'un préjudice causé à la société et si les dommages-intérêts qui doivent être alloués serviront à éteindre tout ou partie du passif social ; elle constitue au contraire une *action individuelle* si « elle est basée sur un préjudice que, dans leurs fonctions, les administrateurs ont causé à des personnes déterminées, et qui ne se confond pas avec un autre préjudice de la société elle-même [1]. »

(1) Thaller, *Traité élémentaire*, n° 547.

SECTION Ire

De l'action sociale en responsabilité

« L'action sociale est celle qui intéresse la société ou l'ensemble de ses membres considérés dans leur universalité, c'est-à-dire comme être collectif ; elle dérive du mandat, légal ou conventionnel, conféré aux administrateurs et commissaires de la société anonyme. C'est l'action *mandati* consacrée par l'article 1992 du Code civil. Elle a pour objet la réparation d'un dommage causé à la société tout entière. »

Cette définition, donnée par M. Houpin, résume très clairement les éléments essentiels de l'action sociale (1). Si nous l'appliquons à l'action en responsabilité, nous remarquons que, d'une façon générale, il faut, pour distinguer l'action sociale de l'action individuelle, se reporter plutôt au but de l'action et à son fondement juridique qu'à la qualité des personnes qui l'exercent. Nous allons voir, en effet, que l'action sociale en responsabilité n'est pas forcément intentée par la société.

Le double criterium auquel il convient de se rattacher pour savoir si une action en responsabilité est une action sociale, se résume ainsi : l'action est-elle fondée sur une violation des règles du mandat ? a-t-elle pour objet la réparation d'un dommage causé au patrimoine social ? Si oui, elle constitue la sanction de l'article 1992 du Code civil : « Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa

(1) Houpin, *Traité*, 1901, I, n° 761.

gestion ... » et ne peut appartenir qu'au mandant contre les mandataires, c'est-à-dire à la société contre les administrateurs et dans la mesure seulement des intérêts du mandant[1]. C'est à l'aide de cette analyse que l'on reconnaît le caractère d'action sociale à l'action en responsabilité fondée sur la nullité de la société[2] et à celle fondée sur l'article 1992 (fautes de gestion et violation des statuts)[3].

Cette distinction de l'action sociale et de l'action individuelle montre bien l'intérêt que présente la distinction de la faute contractuelle et de la faute délictuelle ou quasi délictuelle. La première est calquée sur la seconde. Ce criterium n'a pas été adopté par M. l'avocat général Rau, lors des conclusions qu'il donna le 19 mars 1894 devant la chambre civile de la Cour de cassation[4] et au cours desquelles il disait en parlant de l'action sociale en responsabilité : « .... peu importe que cette dernière soit fondée exclusivement sur une faute contractuelle ou tout à la fois sur une faute de ce genre et sur une faute délictuelle ou quasi délictuelle. » Cette opinion reconnaît bien que l'action sociale trouve son fondement dans une faute contractuelle, mais elle se complète par cette idée qu'elle peut être fondée *tout à la fois* sur une faute contractuelle et sur une faute dé-

(1) Cons Notes de MM. Thaller (D. P., 86, 2, 25), Boistel (D. P., 92, 2, 33 et 81), P. Pic (D. P., 93, 2, 249).

(2) Lyon, 18 mars 1884. D. P., 84, 2, 211. — Lyon, 12 mars 1885. D. P., 86, 2, 136. — Cass., 29 juillet 1889. J. S., 1890, 258. — Lyon, 28 janvier 1890. D. P., 92, 2, 33. Sirey, 93, 2, 52. — Douai, 9 juin 1896. D. P., 98, 2, 207.

(3) Cass., 3 décembre 1883. Sirey, 85, 1, 97. — Cass., 12 août 1889. R. S., 1889, 568. Sirey, 92, 1, 348. D. P., 90, 1, 457. — Paris, 5 mai 1891. J. S., 1891, 433.

(4) D. P., 94, 2, 468.

lictuelle, sur le mandat et le quasi-délit. Il ne peut pas cependant en être ainsi, car dans le premier cas, le demandeur agit en vertu de l'article 1992 et, dans le second, en vertu de l'article 1382. La pensée de l'auteur du passage cité s'est, croyons-nous, fixée sur une confusion qui consiste à oublier que beaucoup de fautes contractuelles peuvent constituer en même temps des fautes délictuelles ou quasi délictuelles, que l'action sociale en responsabilité peut viser un fait qui viole simultanément des obligations conventionnelles et des dispositions légales. Et en effet, les fautes commises dans l'exécution d'un contrat, c'est-à-dire les fautes contractuelles, peuvent constituer, soit un simple manquement aux obligations conventionnelles, à l'article 1992 s'il s'agit de mandat, soit, en même temps qu'un manquement de cette nature, une infraction aux règles générales de droit et de justice universels réprimée par les articles 1382 et 1383 du Code civil. Il y a deux ordres d'obligations qui se superposent lorsque naît un contrat; chacun des contractants est, avant toute convention, tenu des obligations générales de droit commun que la morale et la justice imposent à tous les hommes dans leurs rapports entre eux; puis le contrat, une fois constitué, ajoute à ces obligations de droit commun le groupe d'obligations conventionnelles qui en sont la conséquence et dont les contractants peuvent modifier l'étendue. Il s'agit donc de déterminer un criterium qui permette de reconnaître parmi les fautes commises dans l'exécution d'un contrat de mandat quelles sont celles qui sont simplement un manquement aux obligations conventionnelles, à l'article 1992 du Code civil, et quelles sont, d'un autre côté, celles qui constituent, en outre

d'un manquement au contrat, une infraction aux règles de droit commun, c'est-à-dire un délit ou un quasi-délit. Ce criterium est très exactement fixé par M. Boistel[1] : « On n'aura, dit cet auteur, qu'à se demander : la règle qui a été méconnue aurait-elle pu être supprimée conventionnellement lors du contrat, ou bien est-elle au contraire de celles auxquelles la volonté des parties n'aurait pas pu déroger? Dans le premier cas, la violation constituera seulement une faute contractuelle ; dans le second, elle devra être taxée de faute délictuelle, sans perdre nécessairement pour cela son caractère de faute contractuelle. »

L'application de ce criterium conduit, pensons-nous, à décider que l'action en responsabilité fondée sur une faute purement contractuelle est une action sociale, tandis qu'elle est action individuelle si elle est fondée sur un quasi-délit ou un délit qui peut constituer, en même temps, une faute contractuelle sans perdre, pour autant, le caractère délictuel sanctionné par l'article 1382.

De cette analyse de l'action sociale, il y a lieu de déduire directement le résultat qu'elle est appelée à produire. Intentée par la société et dans la mesure du préjudice causé à la société par les faits entraînant la responsabilité des administrateurs, l'action sociale aboutit à une condamnation à une somme de dommages-intérêts. Assurément cette somme appartient à la société : elle doit donc être versée dans la caisse sociale si la société est *in bonis*, ou comprise dans la masse active, si elle est en faillite, et les actionnaires ne peu-

(1) D. P., 94, 1, 466.

vent élever sur ces fonds aucune prétention, tant qu'il existe un passif, car les dommages-intérêts provenant de l'action sociale en responsabilité doivent être affectés à l'extinction du passif social.

Qui peut exercer l'action sociale en responsabilité ?

Il faut distinguer trois hypothèses suivant que la société est *in bonis*, ou qu'elle est soit en faillite, soit en liquidation judiciaire, ou enfin qu'elle est dissoute.

1° *La société est in bonis.*

La société est représentée en justice par son conseil d'administration, qui peut intenter en son nom toutes les actions sociales.

Au point de vue de l'action en responsabilité, la situation de la société peut présenter deux aspects bien différents. Il est possible, tout d'abord, que le conseil d'administration dont la responsabilité est engagée ne soit plus en exercice et que les personnes responsables aient été mais ne soient plus, au moment où s'exerce l'action, administrateurs de la société : pas de doute, en ce cas, que le conseil d'administration en exercice puisse agir contre eux au nom de la société. C'est même là le cas le plus fréquent, car, en règle générale, la responsabilité des administrateurs apparaît contingente du jour où le quitus de leur gestion leur a été refusé, et comme il est fort peu probable que les administrateurs conservent leurs fonctions après la marque ostensible de méfiance dont l'assemblée générale les a frappés, comme il est encore moins vraisemblable que les actionnaires renouvellent le mandat de personnes qui

leur sont suspectes, on conçoit aisément que la pratique montre peu d'exemples d'un conseil d'administration attaqué par la société alors qu'il est encore en fonctions.

Il serait moins surprenant de voir le conseil d'administration se diviser : les fautes de gestion n'étant imputables qu'à un ou plusieurs administrateurs et le conseil tout entier étant resté en fonctions, les autres administrateurs composant la majorité se proposent d'intenter au nom de la société, dont ils sont les représentants légaux, l'action en responsabilité contre leurs collègues. Cela n'est pas possible et nous n'hésitons pas à décider, avec la Cour de Rouen, qu'en pareille hypothèse, une telle action doit être déclarée irrecevable et que seule l'assemblée générale des actionnaires peut exercer l'action *mandati*, à moins cependant qu'une décision de cette assemblée ou une clause des statuts ne permette expressément cette manière de procéder (1).

L'assemblée générale et le conseil d'administration peuvent librement conférer à un administrateur, à un directeur, à un simple associé, même à un tiers, le droit d'agir en justice et d'exercer l'action en responsabilité au nom de la société. Ce droit découle logiquement de l'article 22 de la loi de 1867 ; mais il se limite rigoureusement à l'idée d'un mandat spécial à une affaire déterminée (2).

L'assemblée générale peut conférer ce mandat par un vote, le conseil d'administration par une délibération.

(1) Rouen, 30 mars 1885. D. S., Sociétés, n° 1570. Sirey, 85, 2, 209.
(2) Paris, 3 février 1896. Sirey, 98, 2, 185.

Le mandat général d'ester en justice ne peut être conféré à une personne autre que le conseil d'administration, car une telle mesure aboutirait à déplacer un rouage essentiel de la société, à confier à d'autres mains que celles à qui la loi l'a remis, le droit d'ester en justice au nom de la société. Cela est si vrai que ni le directeur ni l'administrateur délégué n'ont, de plein droit, le pouvoir d'exercer les actions sociales en responsabilité. Ce pouvoir peut leur être conféré par les statuts, ainsi que cela se fait fréquemment, avec ou sans la réserve que l'assemblée générale devra donner une autorisation préalable à l'exercice de toute action judiciaire.

Telles sont les règles générales qui président à l'exercice de l'action sociale par la société elle-même. Le droit commun exigerait que la société seule en fût armée ; nous avons cependant déjà signalé dans la loi de 1867 une dérogation à cette règle que : « nul en France ne plaide par procureur, » et c'est bien, en effet, une dérogation à cette maxime que la disposition de l'article 17 autorisant l'exercice de l'action sociale en responsabilité par une représentation. « Des actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social peuvent, dans un intérêt commun, charger, à leurs frais, un ou plusieurs mandataires de soutenir, tant en demandant qu'en défendant, une action contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance, et de les représenter en ce cas en justice, sans préjudice de l'action que chaque actionnaire peut intenter individuellement en son nom personnel. » Or, aux termes de l'article 39, cet article 17 est applicable aux sociétés anonymes. L'action sociale en responsabilité peut donc être exer-

cée par le ou les mandataires d'un groupe d'actionnaires, pourvu que ce groupe représente le vingtième au moins du capital social. Cette disposition, inspirée par des motifs de simplification, d'économie et de sécurité, nous est venue, avec quelques changements, de la loi du 17 juillet 1856 (art. 17), qui l'avait léguée à la loi de 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée. Elle constitue, contrairement à l'avis de M. Demangeat[1], une violation manifeste de la maxime : « nul en France ne plaide par procureur. » Et c'est bien, en effet, par procureur que plaide la société, car on est obligé de reconnaître, d'une part, que l'action sociale en responsabilité est exercée pour le compte, au nom et dans l'intérêt de la société ; que, d'autre part, le groupe d'actionnaires qui l'exerce ne peut être confondu avec la société elle-même. Cette violation a d'ailleurs été formellement constatée devant le Corps législatif par le rapporteur de la loi, M. Mathieu : « Contrairement, disait-il, à la maxime bien connue : « nul en France ne plaide par procureur, » cet article permet aux minorités d'actionnaires de se choisir un ou plusieurs mandataires[2]. » Il faut en conclure que l'article 17 doit recevoir une interprétation restrictive et que notamment son application ne peut s'étendre aux actions dirigées contre des tiers.

Les raisons d'ordre pratique qui ont déterminé le législateur de 1867 à organiser ainsi l'exercice de l'action

(1) Sirey, 79, 1, 17.

(2) Alauzet, *op. cit.*, II, n° 715. — Mathieu et Bourguignat, *Commentaire*, n° 155. — Boistel, *op. cit.*, n° 299. — Houpin, *Traité*, I, n° 746. — Thaller, *Traité élémentaire*, 1898, n° 546. — Vavasseur, *op. cit.*, I, n° 754.

sociale en responsabilité laissent place à quelques critiques fort exactement formulées par M. Thaller[1], qui, après avoir reconnu que l'action sociale peut être exercée par chaque actionnaire isolément, ajoute : « Ce droit de plaider en syndicat n'est pas plus clair que le droit individuel. On ne voit pas en quoi consiste la faveur qu'il prétend consacrer. Si chaque actionnaire est habile à plaider, ils peuvent se grouper à vingt ou à cent pour faire le procès en vertu d'une assignation unique. C'est le droit commun de la procédure.

« On a fait observer que, du moins ici, le mandataire *ad litem* n'était pas obligé de dénommer ses mandants dans l'exploit, et que la signification à partie du jugement, si le défendeur obtient gain de cause, sera faite à ce mandataire seul et non pas séparément à chacun de ses mandants, ce qui serait plus coûteux. Bref, la loi déroge à la règle : « nul ne plaide par procureur. » C'était alors se prodiguer en réglementation pour un faible résultat. »

L'action sociale en responsabilité peut être intentée dans les conditions prévues par les articles 17 et 39 chaque fois que les actionnaires réunis en groupe représenteront le vingtième au moins du capital social. A cette condition fondamentale, ajoutons-en deux autres : la première, tirée du caractère dérogatoire de l'article 17 ; la seconde du but même de cette disposition. Il faut, d'une part, que l'action soit une action dirigée contre les administrateurs ou les commissaires de surveillance[2]. Toute action en responsabilité dirigée con-

(1) Thaller, *ibid.* et note 1.
(2) Paris, 8 mai 1895. D. P., 95, 2, 302.

tre d'autres personnes reste soumise à la réglementation du droit commun et à la maxime : « nul en France ne plaide par procureur. »

Il faut, d'autre part, que le procès soit intenté ou soutenu par les mandataires d'un groupe d'actionnaires dans l'*intérêt commun* de ces derniers. Que doit-on entendre par cette idée : intérêt commun ?

MM. Lyon-Caen et Renault ont pensé qu'il fallait voir dans cette expression l'intention manifeste du législateur de limiter l'application de l'article 17 à l'exercice des seules actions individuelles (1). D'autres auteurs, au contraire, soutiennent que seules les actions sociales peuvent être valablement exercées par la représentation judiciaire de l'article 17 (2). Nous croyons plus rationnelle l'opinion soutenue par M. Boistel et admettant que la représentation judiciaire par mandataires peut s'exercer à la fois lorsqu'il s'agit de l'action sociale et de l'action individuelle (3). Il est permis d'en conclure que l'intérêt commun des actionnaires groupés, en raison de l'action intentée par eux, peut être distinct de l'intérêt social, et que cette condition est suffisamment réalisée si le gain du procès doit avoir pour résultat de les indemniser tous, au prorata de leur intérêt, d'une perte subie par eux en tant qu'associés, ou de provoquer le versement dans la caisse sociale d'une somme qui viendra en déduction du passif de la société.

L'action sociale en responsabilité peut-elle être,

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n° 832.

(2) Houpin, *op. cit.*, I, n° 756. — Vavasseur, *op. cit.*, I, n° 1570. — Angers, 19 mai 1891. D. P., 92, 2, 81.

(3) Notes de M. Boistel. D. P., 92, 2, 81 et D. P., 94, 1, 465.

enfin, exercée par les actionnaires agissant isolément?

La question est controversée. Les principes généraux du droit et, en particulier, le principe de la personnalité morale des sociétés ne permettent pas de confier à d'autres mains que celles de la société elle-même l'exercice de l'action sociale sans violer, par là, la maxime « nul ne plaide par procureur. » Et, en effet, tant qu'une société vit, l'être moral qu'elle constitue possède ses organes propres et sa représentation organisée qui exerce activement et passivement ses droits. Comment créer, à côté de ces organes légaux de la vie sociale, des droits identiques à ceux dont ils sont armés, sans arriver à ce résultat de conférer à un tiers une action appartenant exclusivement à la société? La jurisprudence l'a ainsi décidé, et consacre, d'une façon à peu près invariable, que les actionnaires ne peuvent pas exercer *ut universi*, c'est-à-dire pour le compte et au nom de la société, les actions sociales en responsabilité contre les administrateurs. En raison de la personnalité des sociétés, ces actions ne peuvent être exercées que par la société, par l'intermédiaire de sa représentation légale (1).

Il importe de signaler ici l'objection formulée par M. Boistel et M. Pic au système de la jurisprudence. Ces jurisconsultes considèrent que l'action sociale en responsabilité dirigée contre les administrateurs doit être distinguée des autres actions sociales, et qu'à la différence de ces dernières, on peut, sans méconnaître la règle « nul ne plaide par procureur », accorder aux

(1) Cass., 9 juin 1874. D. P., 76, 1, 387. Sirey, 74, 1, 296. — Cass., 21 décembre 1875. Sirey, 79, 1, 97. — Cass., 11 novembre 1885. J. S., 1887, 239. — Cass., 12 août 1889. D. P., 90, 1, 457. Sirey, 92, 1, 348. — Paris, 8 mai 1895. D. P., 95, 2, 302.

actionnaires agissant *ut universi* le droit d'exercer cette action en responsabilité [1]. S'il est incontestable que seule la société peut poursuivre un tiers étranger au pacte social, en revanche les poursuites dirigées contre les administrateurs procèdent du pacte social lui-même, qui engendre les obligations de ces mandataires. Or, les administrateurs n'ont pas seulement contracté l'obligation de bien gérer vis-à-vis de la société ; ils sont aussi engagés envers chaque actionnaire, en sa qualité de membre de la société. Tout associé est donc fondé à invoquer cette obligation devant la justice et à exercer ainsi l'action sociale en responsabilité, comme une véritable action *mandati* née à son profit du pacte social.

Ce système, un peu subtil en vérité, ne se retrouve que dans un arrêt de Lyon qui en fait une application implicite [2].

Si nous refusons, d'accord avec la grande majorité des auteurs et la jurisprudence tout entière, le droit d'intenter l'action sociale en responsabilité aux actionnaires agissant *ut universi*, devons-nous, au contraire, leur reconnaître ce pouvoir quand ils agissent *ut singuli*, c'est-à-dire chacun dans la limite de son intérêt personnel dans la société?

Il convient d'abord de fixer avec quelque précision le sens de ces expressions : « actionnaires agissant *ut universi* ou *ut singuli*. »

Dans un premier état de la jurisprudence [3], on en-

(1) M. Boistel. Note dans D. P., 92, 2, 33. — M. Pic Note dans D. P., 93, 2, 249.

(2) Lyon, 28 janvier 1890. D. P., 92, 2, 33. Sirey, 93, 2, 52.

(3) Paris, 16 avril 1870. D. P., 70, 2, 121 et la note.

tendait par action *ut singuli* l'action individuelle, c'est-à-dire l'action appartenant à un associé en raison d'un préjudice personnellement éprouvé par lui et distinct de celui éprouvé soit par la société, soit par d'autres actionnaires. En retour, l'action exercée *ut universi* était l'action sociale pouvant être exercée soit par la société elle-même, soit par certains associés agissant individuellement, mais pour le compte et dans l'intérêt de la société. « Et cet emploi, dit M. Pic, paraît très heureux et très judicieux, car ces expressions caractéristiques se réfèrent alors à une distinction de fond, à une différence entre les causes mêmes et les natures spéciales des deux actions, fondées l'une sur le mandat (C. civ. 1992), l'autre sur un quasi-délit (C. civ. 1382). Grammaticalement aussi, l'expression d'action *ut singuli* convient très bien pour désigner celle qui appartient à l'actionnaire à titre individuel, en vertu d'un droit propre et spécial à lui, et l'expression d'action *ut universi* désigne tout naturellement celle qui appartient aux actionnaires comme membres d'une universalité, à titre commun, comme droit social ; que cette action soit exercée par tous, ou par quelques-uns, ou par un seul, c'est toujours l'action de l'universalité qui est mise en mouvement ; elle appartient bien en fait aux actionnaires *ut universi*, alors qu'un seul en use [1]. »

Une jurisprudence plus récente a modifié le sens attribué naguère à l'expression d'action *ut singuli ;* on désigne maintenant de cette façon, non plus l'action individuelle, mais l'action sociale lorsqu'elle est exercée

(1) M. Pic, D. P., 92, 1, 33.

par un ou plusieurs actionnaires agissant isolément, par opposition à l'action sociale exercée *ut universi*, c'est-à-dire par la société elle-même ou la représentation du vingtième. La différence de ces expressions ne marque donc plus une différence fondamentale de la nature de l'action, mais simplement une différence dans la façon dont elle est exercée (1).

Ceci posé et en prenant les termes *ut singuli* dans ce dernier sens, voyons si les actionnaires peuvent exercer les actions sociales en responsabilité *ut singuli*, dans la mesure de leur intérêt personnel.

Cette faculté leur est contestée par quelques autorités qui, en raison du principe de la personnalité des sociétés, se refusent à admettre que les actionnaires, c'est-à-dire de véritables tiers par rapport à la société, puissent exercer des droits appartenant exclusivement à cette dernière. Dans ce système, en effet, les administrateurs sont considérés comme les mandataires de la société seule, n'ayant aucune obligation contractuelle qui les lie vis-à-vis des associés pris individuellement, et autorise ceux-ci à exercer l'action sociale de mandat (2).

Cette opinion n'a pas prévalu ; il est admis d'une façon générale, en jurisprudence comme en doctrine, que les actionnaires agissant *ut singuli* peuvent exercer l'action sociale en responsabilité, chacun dans la limite de son intérêt personnel dans la société, pour un vingtième s'il possède le vingtième du capital social,

(1) Paris, 30 juin 1883. D. P., 85, 2, 18. — Paris, 6 mai 1885. D. P., 86, 2, 25. — Req., 23 février 1885. D. P., 85, 1, 413. V. la note.

(2) Labbé, note dans Sirey, 85, 1, 97. — Lyon-Caen et Renault, II, n° 827.

pour un centième s'il n'a que le centième des actions, etc. (1).

Les actionnaires peuvent donc s'armer d'un droit qui appartient exclusivement à la société et poursuivre les administrateurs en responsabilité par l'action sociale. L'intérêt qu'ils trouveront à agir par ce moyen est considérable, car ils n'auront pas besoin de faire la preuve d'un quasi-délit, comme cela serait nécessaire s'ils intentaient l'action individuelle; il leur suffira de prouver que les administrateurs ont violé ou méconnu les règles du mandat puisqu'ils exercent l'action *mandati*. Cette faculté ne laisse pas, on le voit, d'être en soi exorbitante et dérogatoire au droit commun ; elle se justifie, dans l'esprit des autorités et des tribunaux qui l'ont reconnue aux actionnaires, par un argument puissant tiré de l'article 17 de la loi de 1867 : *....sans préjudice de l'action que chaque actionnaire peut intenter individuellement en son nom personnel;* cette réserve ne

(1) Boistel, *op. cit.*, n° 313 *bis*. — P. Pont, *op. cit.*, n°s 1706-1708. — Houpin, *op. cit.*, I, n° 761. — Thaller, *op. cit.*, n° 545. — Vavasseur, *op. cit*, n°s 741 et 745. — Notes sous D. P., 86, 2, 25. D. P., 90, 2, 321. — Notes sous D. P , 92, 2, 81. D. P., 93, 2, 249. — Paris, 16 avril 1870. D. P., 70, 2, 121. Sirey, 71, 2, 169. — Cass., 7 mai 1872. D. P., 72, 1, 233. Sirey, 72, 1, 123. — Cass., 9 juin 1874. D. P., 76, 1, 387. Sirey, 74, 1, 296. — Paris, 19 avril 1875 D. P., 75, 2, 161. Sirey, 76, 2, 113. — Cass., 20 février 1877. D. P., 77, 1, 201. Sirey, 77, 1, 445. — Paris, 30 juin 1883. D. P., 85, 2, 18. — Cass., 3 décembre 1883. D. P., 84, 1, 339. — Cass., 23 février 1885. D. P., 85, 1, 413 Sirey, 85, 1, 337. — Paris, 6 mai 1885. D. P ,86, 2, 25, et la note de M. Thaller. — Bordeaux, 24 mai 1886. D. P., 87, 2, 115. — Cass., 12 août 1889. D. P , 90, 1, 457. Sirey, 92, 1, 348. — Lyon, 28 janvier 1890. D. P., 92, 2, 33. Sirey, 93, 2, 52. — Angers, 19 mai 1891. D. P., 92, 2, 81. — Paris, 19 mai 1892. D. P., 92, 2, 359. — Paris, 10 mars 1892. R. S., 1892, 193. — Cass., 3 mai 1893. D. P., 93, 1, 449. — Cass., 6 août 1894. J. S., 1895, 171. — Paris, 6 février 1896. D. P., 96, 2, 518. Sirey, 97, 2, 132. — Paris, 19 février 1897. D. P., 98, 2, 153. Sirey, 99, 2, 185. — Paris, 2 février 1900. R. S., 1900, 497. — Paris, 16 mars 1900. R. S., 1901, 11. — Paris, 22 mars 1901. R. S., 1901, 331.

peut que viser l'action sociale, car elle eût été absolument inutile si, en la rédigeant, le législateur avait eu en vue l'action individuelle, dont l'existence reste absolument indifférente à l'organisation de la représentation du vingtième consacrée par l'article 17.

Ce droit que possèdent les actionnaires d'agir *ut singuli* par une action sociale contre les administrateurs ne leur appartient qu'en leur qualité d'associé et doit, sans aucun doute, leur être refusé s'ils ont perdu cette qualité par la vente de leurs titres.

Il doit, cependant, recevoir, dans son application, une double restriction.

Son caractère exceptionnel ne permet pas, d'après l'opinion générale, qu'il puisse s'exercer concurremment avec l'action sociale de la société elle-même; ce n'est, en vérité, qu'à titre subsidiaire que les actionnaires peuvent mettre en mouvement l'action sociale en responsabilité. Cette faculté ne leur appartient que dans la mesure où il est nécessaire de suppléer à l'indifférence, à la négligence ou à la mauvaise foi des représentants légaux de la société et d'autoriser une intervention personnelle des associés dont les intérêts sont compromis. Nous en concluons, en conséquence, que les actionnaires ne peuvent exercer *ut singuli* l'action sociale en responsabilité que si l'assemblée générale néglige ou refuse d'exercer cette action qui lui appartient, et qu'ils ne peuvent pas l'intenter avant que l'assemblée générale ait clôturé l'exercice social, examiné les comptes et renoncé implicitement à user de son action sociale en responsabilité contre les administrateurs (1).

(1) Paris, 22 avril 1870. D. P., 70, 2, 121. Sirey, 71, 2, 169. — Note

L'intérêt commun exige, en effet, que l'action sociale ne puisse pas devenir l'arme d'un spéculateur et, en pratique, il est équitable de décider qu'un actionnaire, qui prétend obtenir que les administrateurs soient déclarés responsables, doit toujours commencer par s'adresser à l'assemblée générale et n'agir lui-même par l'action *mandati* que si l'assemblée a refusé d'exercer la poursuite qu'il sollicitait.

Il faut observer, d'autre part, que les actionnaires agissant *ut singuli* exercent un droit social; qu'ils ne peuvent s'en emparer que s'il existe encore entre les mains de la société; qu'ainsi l'assemblée générale peut toujours, soit en donnant un quitus aux administrateurs, soit en transigeant avec eux, détruire, entre ses propres mains, l'action sociale en responsabilité et en dépouiller par là tous les actionnaires, qui ne pourront plus utiliser une action éteinte irrévocablement (1). Cette restriction doit se résumer dans cette idée que l'action sociale, une fois épuisée par la société, ne peut plus revivre au profit des actionnaires et que le droit éventuel qu'ont les actionnaires de l'exercer n'enlève point à la société le droit d'user de cette action comme un maître souverain, soit pour l'exercer, soit pour y renoncer, soit pour l'éteindre.

Les conséquences de cette idée universellement admise sont considérables; elles conduisent notamment à

de M. Thaller. D. P., 86, 2, 25. — Toulouse, 18 janvier 1887. D. P., 87, 2, 131. — Cass., 27 novembre 1888. Sirey, 90, 1, 521. — Paris, 22 mars 1901. R. S., 1901, 331.

(1) Houpin, *Traité général des sociétés*, n° 761. — Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1898, n° 545. — Vavasseur, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 4e éd., II, n° 864. — Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, n° 827

décider que les actionnaires ne peuvent pas introduire l'action sociale *ut singuli* contre les administrateurs, si ceux-ci ont obtenu de l'assemblée générale un quitus délivré sans fraude et en connaissance de cause ; si l'action sociale est déjà mise en mouvement par la société, ou par son liquidateur, ou par son syndic ; si elle est éteinte par une transaction conclue entre les administrateurs ou les représentants de la société (1).

Il est donc bien entendu que la société peut toujours priver les associés agissant *ut singuli* de l'action sociale en responsabilité.

Cela veut-il dire que l'action une fois introduite par l'initiative individuelle des actionnaires peut être anéantie, brisée dans son essor, par l'intervention de la société ? Si nous supposons que certains associés ont intenté une action sociale en responsabilité contre les administrateurs et que, postérieurement à l'introduction de cette instance, l'assemblée générale a couvert d'un quitus régulier les faits incriminés, l'action exercée par les actionnaires se trouve-t-elle éteinte par cette ratification ou, au contraire, le quitus délivré postérieurement à l'introduction de l'instance est-il sans effet sur une action régulièrement intentée ?

(1) Cons. Paris, 16 avril 1870. — Cass., 7 mai 1872. — Cass., 20 février 1877. — Paris, 30 juin 1883. — Paris, 6 mai 1885 précités. — Paris, 28 juin 1870. Sirey, 74, 1, 97. — Paris, 20 février 1875. D. P., 77, 2, 54. — Cass., 21 juin 1881. D. P., 81, 1, 465. Sirey, 85, 1, 107. — Cass., 3 décembre 1883. Sirey, 85, 1, 97. — Cass., 14 janvier 1885. D. P., 85, 1, 403. Sirey, 85, 1, 159. — Cass., 9 juillet 1888. Sirey, 89, 1, 361. — Cass., 23 février 1885. D. P., 85, 1, 413. — Cass., 8 mars 1892. D. P., 93, 1, 252. R. S , 92, 232. — Paris, 31 mai 1892. D. P., 93, 2, 249. — Cass., 21 décembre 1892. D. P., 93, 1, 361. — Cass., 13 novembre 1893. D. P., 94, 1, 383. — Paris, 13 janvier 1899. R S., 99, 136. — Besançon, 17 mars 1897. J. S., 97, 400. — Nancy, 10 mars 1900. R. S., 1900, 220.

La question est controversée ; une première opinion soutient la négative et décide que l'on doit prendre uniquement en considération les droits des plaideurs au jour de l'assignation. Or les actionnaires avaient à cette époque le droit d'exercer l'action sociale en responsabilité ; on ne peut donc admettre qu'ils soient privés du bénéfice de leurs poursuites par l'intervention d'un fait qui leur est étranger. Ce serait d'ailleurs reconnaître au quitus un effet rétroactif que rien ne justifie. Dans un arrêt du 1er juillet 1897, la Chambre des Requêtes s'est rangée à cet avis : « ....Attendu, dit la Cour (1), que l'action en responsabilité exercée par deux sociétaires, en leur propre et privé nom, dans la mesure de leur intérêt personnel, ainsi que le leur permettait l'article 17 de la loi de 1867, n'a pu être paralysée par un effet rétroactif attribué à la décharge que les administrateurs s'étaient fait donner par l'assemblée générale le 9 septembre 1892, pour mettre en échec une instance introduite contre eux depuis le mois de janvier précédent ; qu'en refusant de faire état de cette décharge que les défendeurs éventuels soutenaient être tardive, et qui l'était en effet, la Cour de Paris n'a violé aucune loi ; — P. C. M. Rejette.... »

Cette solution est combattue par plusieurs autorités et notamment par M. Thaller (2), qui fait observer, avec beaucoup de raison, qu'il ne faut pas confondre la situation d'un plaideur exerçant un droit qui lui est propre et que ne peut paralyser un fait étranger, avec la situation de l'actionnaire exerçant un droit de la société. « Incontestablement, dit M. Thaller, la société, ayant

(1) D. P., 98, 1, 569.
(2) Note sous l'arrêt précité.

engagé l'instance par l'intermédiaire d'un mandataire, pourrait y renoncer ensuite : un vote de décharge *inter moras litis* aurait ce résultat. Comment se fait-il que l'actionnaire, qui n'est qu'aux lieu et place de la société, trouve dans l'assignation qu'il donne aux administrateurs le moyen de perpétuer l'action à son profit personnel? Comment peut-il soustraire sa demande aux chances d'extinction auxquelles l'action sociale reste toujours exposée? C'est ce qu'il est difficile de comprendre. On pourrait, en outre, se demander si les conditions qu'exige le bon fonctionnement d'une société sont vraiment compatibles avec le succès d'une réclamation individuelle qui vient ainsi contrecarrer l'effet de la volonté générale et maintenir les intérêts à l'état de lutte au lieu de les liquider pacifiquement. » Ce système, adopté depuis par la Cour de Paris [1], paraît plus juridique que celui de l'arrêt de la Cour de Cassation rapporté plus haut et qui méconnaît, dans une certaine mesure, que l'action sociale entre les mains des actionnaires n'en reste pas moins une action sociale, c'est-à-dire un droit propre à la collectivité et dont celle-ci reste maîtresse, malgré que des tiers aient cru devoir l'emprunter.

La nature même de l'action sociale en responsabilité nous indique également le résultat qu'elle doit produire quand elle est accueillie. Quelle que soit la personne qui l'exerce, que ce soit la société elle-même, un groupe d'actionnaires, ou des associés agissant isolément, la société doit en recueillir le bénéfice. Le montant des condamnations prononcées contre les administrateurs doit donc être versé dans la caisse sociale et, en tous

(1) Paris, 22 mars 1901. R. S., 1901, 331.

cas, affecté d'abord au paiement du passif de la société [1].

Cette conclusion appelle quelques explications. Nous ne parlons ici que des actionnaires agissant *ut singuli*, c'est-à-dire en leur nom personnel et non point au nom de la société, *nomine sociali*, laquelle ne peut être représentée *ut universi* que par ses représentants légaux. Comment peut-il donc se faire qu'un actionnaire, concluant en son nom personnel, ne recueille point le bénéfice de son action ?

Voyons d'abord à quelle portion de préjudice l'actionnaire peut prétendre appliquer une réparation, dans quelle mesure l'action sociale pour fautes commises par les administrateurs peut être exercée *ut singuli ?*

La jurisprudence laisse encore flotter sur ce point une certaine indécision. Une première interprétation nous est donnée par un arrêt de la Chambre des requêtes du 3 juin 1874 [2], où se trouve exprimée la double règle que l'actionnaire ne peut intenter l'action sociale en responsabilité qu'à la condition de conclure en son propre nom et seulement dans les limites *de son intérêt particulier*. Cette définition est repoussée implicitement, quelques années plus tard, par la Chambre civile, qui déclare non recevable l'action introduite par un actionnaire en réparation du préjudice causé à la société, par ce motif « que, si en certains cas spécialement déterminés par l'article 17 de la loi de 1867 un actionnaire peut agir en responsabilité contre le gérant, c'est seulement lorsque son intérêt propre, distinct de

(1) Paris, 5 mai 1891. R. S., 1891, 433. — Paris, 19 mars 1895. R. S., 1895, 280.

(2) D. P., 76, 1, 387.

celui des autres actionnaires, a été lésé par les fautes de la gestion [1]. »

Mais il suffit de lire attentivement le texte de cet arrêt pour s'apercevoir qu'involontairement ou non, il donne la définition de l'action individuelle; or nul doute que cette action ne puisse être intentée par un actionnaire que dans la mesure où il éprouve un préjudice distinct de celui que subissent les autres associés. L'arrêt de 1889 ne tranche donc pas la question. Aussi la Cour suprême est-elle revenue à la rédaction donnée en 1874 par sa Chambre des requêtes, en déclarant que l'associé exerçant *ut singuli* l'action sociale en responsabilité ne peut conclure au nom de la société, qu'il doit plaider en son nom personnel et privé, et que son action se limite à l'étendue du préjudice qu'il a pu souffrir *personnellement* (Cassation, Ch. civ., 3 mai 1893, et Req., 6 août 1894 [2]).

Reste donc à savoir ce qu'il faut entendre par préjudice éprouvé personnellement par l'associé : étant donné que ce préjudice naît d'un grief social et non point d'un fait dommageable commis par les administrateurs, lequel n'aurait préjudicié qu'à quelques-uns des actionnaires et inégalement entre eux. Le dommage allégué est, en réalité, le dommage social et chaque associé en supporte une fraction proportionnelle à son intérêt dans la société. Le préjudice éprouvé personnellement par l'actionnaire est donc une part du préjudice collectif, et cette part est égale à sa part d'association, c'est-à-dire qu'il peut conclure à la réparation du vingtième du préjudice social, s'il possède le vingtième de toutes les ac-

(1) Cass., 12 août 1889. D. P., 90, 1, 457.
(2) D. P., 93, 1, 449 et D. P., 95, 1, 144.

tions; à la réparation du centième, s'il n'a qu'un intérêt du centième. Telle est la solution adoptée par la Cour de cassation [1] ; elle entraîne comme corollaire logique l'allocation à l'associé poursuivant des dommages-intérêts alloués, lesquels lui profitent exclusivement, sans que la société puisse exercer sur eux la moindre prétention. Le même arrêt l'a ainsi décidé.

Nous avons dit et nous répétons que nous ne pouvons nous ranger à la théorie de la Cour suprême, qui méconnnaît ouvertement le caractère social de l'action exercée *ut singuli*. Comment admettre qu'une action en responsabilité reste une action sociale, si elle tend à la réparation d'un préjudice qui n'est point le préjudice subi par la société; si elle aboutit à une condamnation dont s'enrichit le seul patrimoine privé d'un actionnaire? Fût-elle exercée par un associé, l'action sociale garde son caractère, son étendue et son but. L'associé l'exerce *ut singuli*, en raison du pouvoir général de contrôle qu'il tient de sa qualité d'actionnaire; il reproche aux administrateurs d'avoir manqué à leur mandat; son action doit réaliser ce résultat de forcer les administrateurs responsables à remettre l'actif social dans l'état où il eût été s'ils avaient fidèlement rempli leurs obligations de mandataires. On ne saurait donc trop approuver la Cour de Lyon de s'être rattachée au véritable caractère de l'action sociale en décidant que l'associé agit comme l'eût fait la société elle-même et que l'action sociale reste, entre ses mains, le moyen employé pour rétablir dans l'actif social ce que les fautes des administrateurs lui ont fait perdre [2].

(1) Cass , 6 août 1894. D. P., 95. 1. 144.
(2) Lyon, 28 janvier 1890. D. P., 92, 2, 33.

Dans ces conditions, il est rationnel de déduire du caractère même de l'action exercée la règle que l'associé, agissant isolément, peut demander et obtenir condamnation pour l'intégralité du préjudice éprouvé par la société. Par voie de conséquence encore, l'action sociale, même exercée par des actionnaires agissant *ut singuli*, ne peut procurer un profit personnel à celui qui la met en mouvement. L'action *mandati* est faite dans l'intérêt du mandant et propre à lui seul, c'est-à-dire à la société. C'est donc la caisse sociale qui doit encaisser les dommages-intérêts alloués en vertu de l'action sociale.

Cette solution se fortifie, d'ailleurs, d'un autre argument. Qu'est-ce que le droit à l'indemnité né des fautes dommageables commises par les administrateurs dans l'exécution de leur mandat? C'est une créance, et une créance sociale. Peut-on dire que chaque associé aura un droit direct à cette créance sociale et qu'il pourra en encaisser une fraction, sans que la société ou les créanciers sociaux en profitent avant lui? C'est pourtant ce qui arriverait avec le système de la Cour de cassation. Or, on ne peut concilier une pareille théorie avec les principes généraux du droit. L'actionnaire ne peut prétendre à une quote-part de l'actif qu'après la dissolution de la société et l'extinction du passif. Autoriser l'actionnaire exerçant l'action sociale de mandat à recueillir les dommages-intérêts qui en sont la conséquence, c'est violer cette double règle; c'est permettre à un actionnaire de retirer du fonds social une partie de sa mise et priver les créanciers sociaux d'une fraction de leur gage. Enfin, le sort de l'actionnaire ayant agi en justice contre les administrateurs serait préférable à celui de ses coassociés, il toucherait sa part intégrale d'une créance

sociale que ses coassociés ne recouvrent pas, ce qui serait contraire à la disposition formelle de l'article 1849 du Code civil.

En résumé, l'action sociale en responsabilité peut être exercée, lorsque la société est *in bonis*, par trois catégories de personnes : 1° par la société elle-même ; 2° par la représentation du vingtième du capital social ; 3° par les actionnaires agissant *ut singuli*.

Il ne reste plus à y ajouter que les créanciers sociaux armés, en vertu de l'article 1166 du Code civil, des actions sociales appartenant à leur débitrice et notamment de l'action de mandat, qui reste la même entre leurs mains qu'entre celles de la société.

2° *La société est en état de faillite ou de liquidation judiciaire.*

C'est toujours à l'aide de la distinction fondamentale des actions sociales et des actions individuelles que l'on détermine les conditions dans lesquelles s'exerce, au cas de faillite ou de liquidation judiciaire, l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs.

Il n'est pas contesté que les actions sociales ne puissent être exercées *ut universi*, au nom de la collectivité, que par le syndic ou le liquidateur qui la représente. La seule question véritablement discutée est celle de savoir si, au cas de faillite, les actionnaires conservent le droit d'exercer *ut singuli* l'action sociale.

Dans un premier système, on refuse catégoriquement ce droit aux actionnaires, et cela quelle que soit la négligence des syndics. Ces derniers ne représentent-ils pas les associés aussi bien que la société ? N'y a-t-il pas de graves dangers à permettre à une personne de subs-

tituer son appréciation à celle du syndic et d'intervenir là où ce dernier a jugé inutile de le faire? Cette opinion négative est défendue par des autorités de grand mérite, et la Cour de cassation l'a adoptée à plusieurs reprises (1).

Dans un second système, on décide que, du moment qu'on reconnaît aux actionnaires le droit d'exercer *ut singuli* les actions sociales en responsabilité, tant que la société est *integri status*, on doit également leur accorder cette faculté lorsque la société est en état de faillite ou de liquidation judiciaire.

Il est bien vrai, dit-on, que la faillite suspend le droit de poursuite individuelle, mais cette suspension n'atteint que les actions dirigées contre le failli, c'est-à-dire la société, et ne saurait être étendue à celles intentées contre des tiers, c'est-à-dire contre les administrateurs (2).

Dans ces conditions, et si les actionnaires conservent, en dépit de la déclaration de faillite, le droit d'agir *ut singuli* par l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs, la règle indiquée précédemment, qui exige, pour l'exercice de ce droit, la condition absolue qu'il existe encore intégralement entre les mains de la société, doit recevoir la même application lorsque la société est en état de faillite ou de liquidation judiciaire. En d'autres termes, pour que les actionnaires puissent

(1) Houpin, *op. cit.*, I, n° 761. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, VIII, n° 1183. — Orléans, 20 mars 1884. D. P., 86, 2, 85. Sirey, 85, 2, 145. — Cass., 11 novembre 1885. D. P., 88, 1, 59. Note Labbé, Sirey, 85, 1, 97. — Cass., 28 juillet 1889. R. S., 1889, 500. — Paris, 19 avril 1899. J. S., 1900, 71.

(2) Pont, *op. cit.*, II, n° 1543. — Vavasseur, *op. cit.*, I, n° 749. — Paris, 6 mai 1885. D. P., 86, 2, 25 et la note de M. Thaller. — Bordeaux, 24 mai 1886. D. P., 87, 2, 115. — Conclusions de M. Rau sous Cass., 19 mars 1894. D. P., 94, 1, 468.

isolément intenter l'action sociale, il faut que ni la société, ni le syndic qui représente la masse, n'aient éteint cette action par une ratification ou par une transaction. Si donc les administrateurs ont transigé avec le syndic sur l'action sociale, les actionnaires ne peuvent plus agir par cette voie et ne conservent plus que les actions individuelles de l'article 1382. Ainsi l'exigent le principe, déjà exposé, de la personnalité de la société et les règles générales de l'action sociale (1).

3° *La société est dissoute et en liquidation.*

« Par l'effet de la dissolution, dit M. Houpin, la société cesse d'exister pour l'avenir et pour les opérations en vue desquelles elle avait été constituée. Elle ne peut plus, en principe, faire d'opérations nouvelles, mais elle continue d'exister pour régler ses affaires accomplies, c'est-à-dire pour se liquider. Dans cette phase qu'ouvre la dissolution, la société conserve son caractère d'être moral ; elle subsiste et persiste, tant activement que passivement, pour les besoins et jusqu'à l'issue de la liquidation, non seulement dans les rapports de la société avec les tiers, mais encore dans les rapports avec les associés eux-mêmes (2). »

Les besoins de la liquidation exigent que la société puisse être activement et passivement représentée en justice, et c'est le liquidateur qui est ce représentant chargé de défendre aux actions des tiers et d'exercer les actions de la société (3). Ce point n'est pas discuté.

(1) Cass., 14 janvier 1885. D. P., 85, 1, 403. Sirey, 85, 1, 159.

(2) Houpin, *op. cit.*, II, n° 950.

(3) Houpin, *op. cit.*, I, n° 208 et II, n° 958. — Alauzet, *Commentaire de la loi de 1867*, II, n° 622. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 392.

En revanche, on s'entend mal sur l'étendue des pouvoirs du liquidateur dans les conséquences de ces actions. Si on lui reconnaît sans hésitation le droit d'acquiescer à une décision de justice ou de se désister d'une instance, une controverse s'élève sur le point de savoir s'il lui est permis de transiger et de compromettre. Certains auteurs lui refusent ce droit, dans la crainte d'une collusion entre les personnes actionnées et lui ; d'autres le lui accordent en raison de l'intérêt pratique que cette faculté présente manifestement pour la liquidation [2].

Quoi qu'il en soit, l'action sociale en responsabilité peut assurément être exercée par le liquidateur dans les mêmes conditions et sous l'empire des mêmes règles que par la société elle-même. C'est la conséquence logique du principe de la survie des sociétés dissoutes pour les besoins de leurs propres liquidations [1]. Ce principe entraîne, comme autre conséquence, la faculté pour les actionnaires d'exercer *ut singuli* l'action sociale, faculté qui leur est reconnue tant au cas de faillite qu'au cas de liquidation judiciaire. Les raisons de décider sont en effet les mêmes ; d'une part, la société étant dissoute, l'être moral qu'elle constitue survit à

— Cass., 12 mars 1852 D. P., 52, 1, 273. — Cass., 7 janvier 1873. D. P., 74, 1, 470.

(1) Dans le sens de la négative : Bédarride, *op. cit.*, n° 600. — Delangle, *op. cit.*, n° 688. — Bravard-Veyrières, *Droit commercial*, I, p. 446. — Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, v° Société en nom collectif, n° 568. — Dans le sens de l'affirmative : Alauzet, *op. cit.*, n° 287. — Houpin, *op. cit.*, I, n° 208. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 392. — Paul Pont, *op. cit.*, II, n° 1959.

(2) Cass., 27 juillet 1863. Sirey, 63, 1, 457. — Cass., 8 février 1875. D. P., 75, 1, 308 — Cass., 16 août 1880. D. P., 82, 1, 80. — Cass., 11 mars 1884. D. P., 84, 1, 199. Sirey, 85, 1, 447. — Cass., 13 janvier 1892. Sirey, 92, 1, 100. — Cass., 24 mai 1892. Sirey, 92, 1, 469.

la dissolution et conserve dans l'intérêt de la liquidation tous les droits de la société, au nombre desquels figure l'action sociale en responsabilité ; d'autre part, les obligations nées du contrat de mandat intervenu entre les administrateurs et la société lorsqu'elle était *integri status* subsistent, car la société survit à sa dissolution et n'est point remplacée, au regard des associés et des tiers intéressés, par une indivision pure et simple. L'action sociale existe donc, elle appartient toujours à la société et, par conséquent, les actionnaires peuvent encore l'exercer en agissant isolément.

Il importe d'observer encore que l'action sociale ne peut être exercée de cette façon que sous la condition absolue qu'elle n'ait pas été anéantie par une renonciation, une ratification ou une transaction, sans qu'il y ait lieu d'ailleurs de discerner si cette extinction de l'action sociale est l'œuvre de la société elle-même ou de son liquidateur.

D'une façon générale, quelle que soit la situation juridique de la société, qu'elle soit ou non *integri status*, on ne doit pas oublier que l'action sociale en responsabilité est un droit propre à la société et qu'il est assurément licite d'appliquer à cette action les clauses du contrat constitutif de la société. Les statuts peuvent librement interdire aux actionnaires agissant *ut singuli* l'usage de l'action sociale ou stipuler simplement que cette faculté sera subordonnée à une autorisation préalable de l'assemblée générale des actionnaires (1).

(1) Houpin, *op. cit.*, I, 757. — Vavasseur, *op. cit.*, I, nos 740 et suiv. — Notes de M. Thaller sous D. P., 1886, 2, 25.

SECTION II

De l'action individuelle en responsabilité

L'action individuelle est celle qui a pour fondement juridique une faute préjudiciable soit à des tiers, soit à quelques actionnaires seulement, soit même à tous les actionnaires, mais dans une mesure inégale. Elle diffère de l'action sociale, d'abord en ce qu'elle est fondée sur un délit ou un quasi-délit et procède des articles 1382 et 1383 du Code civil, tandis que l'action sociale est une action fondée sur le mandat; ensuite par son objet, car elle tend à la réparation d'un préjudice subi par un associé ou un tiers dans son patrimoine personnel, tandis que l'action sociale tend à la réparation d'un préjudice éprouvé par la société, dans le patrimoine collectif qui est sa propriété. Cela ne veut pas dire cependant que toute action sociale est une action *mandati;* non, ce criterium s'applique spécialement au sujet qui est ici traité, c'est-à-dire à l'action en responsabilité dirigée contre les administrateurs. Les actions sociales peuvent avoir un fondement juridique tout autre que le mandat; elles peuvent même être basées sur les articles 1382 et 1383 lorsqu'elles ont pour but d'obtenir à la société la réparation d'un préjudice que des tiers leur ont causé. Mais lorsqu'il s'agit de la matière spéciale de la responsabilité des administrateurs et des actions qui la sanctionnent, on doit se rattacher, pour discerner l'action sociale de l'action individuelle, à la distinction fondamentale de la faute contractuelle qui engendre la première et de la faute

délictuelle ou quasi délictuelle qui donne naissance à la seconde. Il est plus rationnel, en effet, de prendre comme criterium la cause plutôt que le résultat de l'action [1]. La jurisprudence s'est écartée fréquemment de cette idée en décidant qu'une action en responsabilité dirigée contre les administrateurs en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil constitue une action sociale, si elle est fondée sur un préjudice causé à la société comme être collectif. Il est difficile, en effet, d'admettre qu'une action qui a pour but de procurer à la caisse sociale le versement d'une somme qui lui est due, puisse être autre que sociale.

C'est donc une seconde condition qu'il faut ajouter à la première, en concluant qu'une action en responsabilité est individuelle, si elle est fondée sur un délit ou un quasi-délit et si elle tend à la réparation du préjudice que cette faute a causé dans le patrimoine propre des tiers ou des actionnaires, soit de tous les associés, mais inégalement entre eux, soit de quelques-uns seulement [2].

C'est par application de ces règles qu'il a été jugé que constituent des actions individuelles : 1° l'action par laquelle certains actionnaires poursuivent les administrateurs qui, par des manœuvres dolosives, des annonces mensongères, des publications frauduleuses, les ont déterminés à entrer dans la société, soit en souscrivant,

(1) Cons. les notes de M. Pic. D. P., 93, 2, 249. D. P., 94, 1, 241.

(2) Cass., 14 janvier 1885. D. P., 85, 1, 103. Sirey, 85, 1, 159. — Cass., 22 février 1885. D. P., 85, 1, 413. Sirey, 85, 1, 337. — Paris, 28 juin 1894. D. P., 95, 2, 523. R. S., 94, 412. — Cass., 23 janvier 1885. J. S., 95, 57. — Paris, 6 février 1896. D. P., 96, 2, 518. Sirey, 97, 2, 132. — Houpin, *op. cit.*, I, 762. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, II, n° 827. — Thaller, *op. cit.*, n° 547.

soit en achetant des titres [1] ; 2° ou, par les mêmes procédés, à vendre désavantageusement leurs actions [2] ; 3° l'action par laquelle les actionnaires poursuivent, d'une façon générale, la réparation d'un dommage personnel et particulier éprouvé par suite de fautes commises par les administrateurs, dommage séparé et distinct de celui éprouvé par la société [3].

La distinction de la faute contractuelle et de la faute délictuelle est en général assez facile à faire, et l'assignation donnée aux administrateurs indique si ceux qui l'adressent agissent en qualité de mandants pour demander compte à leurs mandataires d'une faute commise par eux en violation des règles du mandat, ou si, au contraire, ce sont de simples tiers qui reprochent à une ou plusieurs personnes la faute dommageable dont le droit commun assure la réparation. En pratique, cependant, la responsabilité des administrateurs peut se trouver engagée par des faits complexes constituant tout à la fois une faute contractuelle au regard de la société dont ils sont les mandataires et une faute quasi délictuelle au regard des actionnaires pris individuellement. Il s'ensuit donc que deux actions peuvent être

(1) Cass., 16 janvier 1878. D. P., 79, 1, 209. — Lyon, 12 mars 1885. D. P., 86, 2, 136. Sirey, 86, 2, 241. R. S., 85, 408. — Paris 7 avril 1887. D. P., 89, 2, 41. Sirey, 88, 2, 145. R. S., 87, 434. — Paris, 17 juillet 1888. R. S., 89, 65 et 88, 186. — Paris, 24 décembre 1891. J. S., 92, 114. — Paris, 10 mars 1892. R. S., 92, 186. — Paris, 2 février 1900. R. S., 1900, 497. J. S., 1901, 154.

(2) Cass., 3 décembre 1883. D. P., 84, 1, 339. Sirey, 85, 1, 97. — Paris, 2 février 1900 précité.

(3) Toulouse, 26 décembre 1876. D. P., 79, 1, 209. — Cass., 14 janvier 1885. D. P , 85, 1, 103. Sirey, 85, 1, 159. R. S., 85, 390. — Cass., 23 février 1885 D. P., 85, 1, 413. Sirey, 85, 1, 337. R. S , 85, 390. — Paris, 28 juin 1894. D. P., 95, 2, 523. R. S., 94, 412. — Paris, 6 février 1896. D. P., 96, 2, 518. Sirey, 97, 2, 132. R. S., 96, 462.

intentées en raison de ces faits, l'une sociale, unique, née du mandat, et l'autre individuelle, pouvant être répétée par chacun des actionnaires lésés *ex delicto*.

Quelles sont les personnes qui peuvent poursuivre les administrateurs par les actions individuelles ?

Nous avons vu, par l'analyse de leurs caractères essentiels, qu'elles n'appartenaient pas à la société ; les représentants légaux de la société, les syndics, les liquidateurs, ne peuvent donc pas exercer les actions individuelles.

Ce premier point n'est pas contestable. Il est plus délicat de déterminer si ces actions sont valablement exercées par les actionnaires réunis en un groupe représentant le vingtième du capital social (art. 17). Les auteurs sont divisés à ce sujet en trois systèmes.

(α) Une première opinion, défendue par MM. Lyon-Caen et Renault [1], soutient que la loi de 1867, en employant les mots : « intérêt commun, » ne se proposait nullement d'armer les actionnaires du droit d'exercer par mandataires les actions sociales ; mais bien, au contraire, de les autoriser expressément à se constituer en syndicat pour exercer les actions individuelles leur appartenant.

(β) Un autre groupe d'auteurs soutient le système directement opposé et refuse aux actionnaires le droit d'exercer les actions individuelles, par le moyen de la représentation de l'article 17. Cette faculté de plaider par mandataires, en raison de son caractère exceptionnel, ne peut être étendue à l'action individuelle, pour

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n° 832.

laquelle elle ne présenterait aucun intérêt, les actionnaires ayant toujours la faculté de former une société civile pour l'exercer. Elle se limite rigoureusement aux intérêts de la collectivité, aux actions sociales pour lesquelles ce mode de représentation devait s'autoriser d'une disposition expresse de la loi [1]. Cette opinion, qui nous paraît préférable, a le mérite d'être conforme au projet de loi de 1838 et par là aux travaux préparatoires d'où sont nées successivement les lois de 1856, de 1863 et de 1867 [2].

(γ) Enfin, dans un troisième système, on admet que la représentation par mandataires peut être employée conformément aux dispositions de l'article 17 aussi bien quand il s'agit de l'action individuelle que de l'action sociale [3].

L'intervention personnelle de l'associé à qui appartient l'action individuelle reste le mode normal de l'exercice de cette action.

Il s'agit ici d'un droit propre à l'actionnaire et auquel lui seul peut renoncer ; les statuts ne pourraient donc prohiber ou limiter l'usage des actions individuelles sans violer les droits qui constituent la personnalité juridique de tout individu. De même, ni la société, ni les syndics, ni les liquidateurs ne peuvent enlever aux actionnaires le droit d'agir contre les administrateurs par une action individuelle en responsabilité et les tran-

(1) Houpin, *op. cit.*, I, nos 753 et 762. — P. Pont, *op. cit.*, II, n° 1570. — Vavasseur, *Traité*, I, n° 744. — Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1898, n° 547.

(2) *Pandectes*, v° Sociétés, n° 10740.

(3) Angers, 19 mai 1891. D. P., 92, 2, 81 et la note de M. Boistel. — Cass., 19 mars 1894. D. P., 94, 1, 465. Sirey, 96, 1, 260.

sactions, renonciations ou quitus qu'auraient pu obtenir ces derniers restent sans la moindre influence sur le sort de cette action [1].

Elle appartient à l'actionnaire, non point parce qu'il est actionnaire, mais par cela seulement qu'il est victime d'une faute dommageable commise par les administrateurs. Peu importe, dans ces conditions, qu'il ait encore ses titres ou qu'il les ait vendus, car l'action qu'il exerce, toute autre personne pourrait l'exercer comme lui. L'application qu'il poursuit des articles 1382 et 1383 du Code civil est indépendante du contrat de société auquel il fut partie ou du contrat de mandat intervenu entre les administrateurs et la collectivité ; le fonctionnement de la société, l'exécution du mandat, peuvent être la cause contingente de la faute et du préjudice, mais ni la société ni le mandat ne servent, de loin ou de près, de fondement juridique à l'action individuelle [2].

« Attendu, dit la Cour de Paris [3], que X., comme souscripteur ayant été entraîné par des manœuvres illicites à souscrire, avait une action en responsabilité, qui constituait pour lui un droit personnel, indépendant et distinct des droits attachés à la possession de ses titres d'actions de la société ; — Que les actions de chaque catégorie, créant toutes des droits égaux pour ceux qui

(1) Cass., 18 mai 1885. D. P., 88, 1, 59. Sirey, 85, 1, 473. — Bourges, 2 août 1888. D. P., 89, 2, 49. P. fr. pér., 89, 2, 85. — Paris, 6 février 1896 D. P., 96, 2, 518. Sirey, 97, 2, 132. R. S., 96, 461. — Cass , 1er juillet 1897. D. P., 98, 1, 569. R. S., 97, 516. — Thaller, *op. cit.*, n° 547 et note sous D. P., 86, 2, 136.

(2) Houpin, *op. cit.*, I, n° 762. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, II, n° 828. — P. Pont, *op. cit.*, II, n° 1714. — Vavasseur, *op. cit.*, n° 865. — *Pandectes*, v° Sociétés, nos 10651 et 12581.

(3) Paris, 28 juin 1870. Sirey, 74, 1, 97.

les possèdent, représentent une quote-part dans le patrimoine de la société ; — Que le droit à l'indemnité, existant au contraire en dehors de toute répartition sociale, atteint les administrateurs comme personnellement obligés envers le souscripteur à réparer le préjudice qui résulte pour lui de sa souscription ; — Que ce droit, qui donne naissance à une créance sujette aux règles de transmissibilité ordinaires, n'a pu passer avec les actions transmises par voie de négociation commerciale au cessionnaire de celles-ci ; — Qu'il a donc continué d'appartenir à X., nonobstant la cession par lui faite des actions qu'il avait souscrites. »

Ce point n'est pas contestable ; la cession des titres ne modifie pas le droit de l'actionnaire d'exercer l'action individuelle, droit qui ne trouve pas sa source dans la qualité d'associé[1]. Cela est si vrai que les tiers, les créanciers sociaux qui ne sauraient exercer sous forme d'action oblique les actions individuelles des actionnaires, ont la faculté d'agir directement contre les administrateurs, par une action personnelle fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, lorsque ces derniers ont commis une faute préjudiciable à leurs intérêts. Leur situation est donc, en droit, la même que celle des associés. Au reste, si les créanciers sociaux ne peuvent emprunter, par application de l'article 1166 du Code civil, les actions individuelles appartenant aux actionnaires, ils ne peuvent pas davantage élever la

(1) Inversement, le droit reconnu au profit des actionnaires qui ont acheté leurs actions ou les ont souscrites sous l'empire de manœuvres dolosives de la part des administrateurs ou des fondateurs, ne se transmet pas aux cessionnaires de leurs titres par la simple tradition des actions. Cass , 25 janvier 1881. *Journal des tribunaux de commerce*, 1881, p. 172.

moindre prétention sur les dommages-intérêts alloués ensuite de l'exercice de ces actions. Ce sont là des fonds qui sont la propriété personnelle de ceux à qui ils ont été alloués et qui ne doivent, en aucun cas, être confondus avec les fonds sociaux (1).

Autre est la situation des créanciers des actionnaires. La simple application des principes du droit commun les autorise à mettre en mouvement, *proprio motu*, l'action individuelle en responsabilité appartenant à leurs débiteurs. Ils ont un intérêt évident à ce que la brèche creusée dans le patrimoine de ces derniers, par une faute des administrateurs, soit comblée et à ce que leur gage soit augmenté : l'article 1166 du Code civil les autorise expressément à déjouer l'inertie voulue ou la négligence de leurs débiteurs et à exercer leurs droits, en leurs lieu et place, sous le régime des mêmes règles et dans les mêmes conditions que les actionnaires eux-mêmes.

(1) Angers, 19 mai 1891. D. P., 92, 2, 81. — Cass , 19 mars 1894. D. P., 94, 1, 465. Sirey, 96, 1, 280. — Cass., 7 janvier 1902. D. P., 1903, 1, 320.

CHAPITRE II

DE LA COMPÉTENCE

1° *Action sociale.*

L'action sociale est fondée sur une violation des règles du mandat, sur une faute commise par les administrateurs dans l'exécution de leur mandat. Assurément ce mandat présente un caractère commercial ; nous nous occupons, en effet, des sociétés anonymes, et le mandat confié aux administrateurs leur est donné en vue d'accomplissement d'actes de commerce. D'un autre côté, les administrateurs sont des associés ; donc l'action sociale en responsabilité est un débat entre associés soumis à la disposition impérative de l'article 631 du Code de commerce. C'est en conséquence le tribunal de commerce qui est, *ratione materiæ*, compétent pour statuer sur le mérite de l'action sociale en responsabilité intentée aux administrateurs, et cela pour une double raison : d'abord parce qu'il s'agit de l'exécution d'un contrat commercial, ensuite parce que cette action constitue un débat entre associés.

Au point de vue de la compétence *ratione loci*, il est rationnel de décider, avec M. Houpin [1], que le tribunal

(1) T. II, n° 828.

du siège social est compétent pour connaître de l'action sociale en responsabilité ; c'est d'ailleurs l'application pure et simple de l'article 59 du Code de procédure civile.

Si l'action *mandati* est exercée par les créanciers sociaux, et non plus par la société ou par les associés, les raisons de décider ne sont plus les mêmes, car s'il s'agit toujours de l'exécution du mandat, en revanche, le débat ne s'élève plus entre associés. MM. Lyon-Caen et Renault en concluent que l'action doit, en pareil cas, être portée devant le tribunal civil, car il ne s'agit point ici d'obligations entre associés, à moins cependant que les créanciers et les administrateurs ne soient tous commerçants (1). La question est résolue d'une façon rationnelle, surtout lorsque l'action en responsabilité des créanciers sociaux est fondée sur la nullité de la société et qu'ils fondent leur prétention sur un délit ou un quasi-délit. Peu importe, en effet, que ce délit ou ce quasi-délit constitue, en dernière analyse, un acte commercial, si la base de l'action reste l'article 1382 du Code civil. Cette solution présente cependant le grave inconvénient de permettre qu'à raison d'un même fait, l'action en responsabilité des associés et celle des tiers puissent être portées chacune devant une juridiction différente.

Il doit en être autrement au cas de faillite, lorsque en raison de la suspension du droit de poursuites individuel, c'est le syndic représentant la masse des créanciers qui exerce leur action en responsabilité ; le tribunal de commerce est alors compétent (2).

(1) Lyon-Caen et Renault, *Précis*, n° 450, et *Traité*, n° 1015.
(2) Cass., 23 juillet 1877. D. P., 78, 1, 455.

M. Houpin et M. Pont, d'accord avec quelques décisions de jurisprudence, décident qu'en dehors de l'hypothèse d'une faillite, l'action en responsabilité des créanciers sociaux peut être indifféremment portée devant les tribunaux civils ou devant la juridiction consulaire [1]. Rien ne paraît justifier sérieusement cette latitude difficilement conciliable avec la nature de l'action et la qualité de ceux qui l'exercent.

2° *Action individuelle.*

Une controverse s'est élevée sur le point de savoir si elle était de la compétence des tribunaux civils ou commerciaux ; mais on admet généralement qu'étant fondée sur un délit ou un quasi-délit, lequel se rattache à un acte de commerce, cette action doit être jugée par les juges consulaires [2].

Le tribunal de commerce est donc compétent à l'exclusion des tribunaux civils.

Sera-ce le tribunal du siège social, que nous avons vu compétent pour connaître de l'action *mandati*, qui pourra aussi statuer sur l'action individuelle? Non ; l'action individuelle en dommages-intérêts est, nous l'avons établi, indépendante du contrat de société et du contrat de mandat. L'article 59 du Code de procédure ne peut pas lui être appliqué ; ce sont les règles du droit

(1) Houpin, *op. cit.*, I, n° 723. — P. Pont, *op. cit.*, n° 1547. — Angers, 12 mars 1873. Sirey, 74, 2, 214. — Paris, 26 janvier 1874. Sirey, 76, 2, 3. — Cass., 11 novembre 1873. Sirey, 74, 1, 97.

(2) Cass., 11 novembre 1873. D. P., 74, 1, 375. Sirey, 74, 1, 97. — Paris, 2 août 1870. Sirey, 74, 1, 93 et la note. — Dalloz, Supp., Sociétés, n° 2225 et jugement cité. — Vavasseur, *op. cit.*, n° 572. — Houpin, *op. cit.*, II, n° 828. — *Pandectes*, v° Administrateurs de sociétés anonymes, n° 63. — *Contra :* Seine, 20 juillet 1887. R. S., 87, 527.

commun qui reprennent leur empire, et le demandeur en responsabilité doit poursuivre les administrateurs devant le tribunal de leur propre domicile [1].

(1) Houpin, *ibid.*, I, n° 724. — Garsonnet, *Procédure*, I, p. 718. — Cass., 17 juin 1867. S , 67, 1, 288. D. P., 67, 1, 304. — Cass., 4 décembre 1871. Sirey, 71, 1, 195. — Cass , 26 mars 1873. Sirey, 73, 1, 387.

CHAPITRE III

EXTINCTION ET PRESCRIPTION DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ

L'action en responsabilité, quelque fondée qu'elle soit en fait, quelque grand que soit le préjudice allégué, quelque graves que soient les fautes imputées aux administrateurs, peut se heurter à des obstacles qui paralysent sa marche ou même l'empêchent de naître. Elle est éteinte lorsque le lien de droit qui permettait aux actionnaires ou à la société elle-même de poursuivre les administrateurs est rompu ; elle est prescrite lorsqu'elle s'exerce en dehors des délais légaux.

L'extinction diffère de la prescription en ce que l'obligation elle-même est détruite, tandis que la prescription laisse subsister l'obligation, mais la rend stérile en la privant de sa sanction.

L'action en responsabilité peut se trouver éteinte alors qu'elle est déjà mise en mouvement ; tel serait le cas d'une action sociale close par une transaction survenue entre les administrateurs et la société. Dans d'autres cas, l'extinction s'est opérée avant même qu'aucune action ait été introduite ; telle serait la situation d'administrateurs ayant obtenu un *quitus* régulier qui

les met à l'abri des risques ultérieurs d'une action sociale.

L'extinction de l'action sociale en responsabilité peut résulter soit d'un *quitus;* soit de toute autre délibération emportant ratification de la gestion et approbation des faits incriminés, ceci sous la réserve des règles de validité du *quitus*, règles qui ont été exposées précédemment (1); soit d'une renonciation expresse à l'action, renonciation émanée de l'assemblée générale; soit enfin d'une transaction régulièrement conclue entre les administrateurs poursuivis et la société ou ses représentants autorisés à le faire.

L'action individuelle échappe par sa nature à ces différentes causes d'extinction ; l'effet, à cet égard, du *quitus*, des délibérations ratificatives ou des transactions sociales, a été examiné plus haut.

Mais il ne suffit pas que l'action en responsabilité ait une existence juridique parfaite, il faut, en outre, que l'exercice de cette action soit possible, c'est-à-dire qu'elle puisse être portée utilement devant les juges compétents, et cela dans les délais fixés par les lois.

La prescription extinctive de l'action en responsabilité doit être examinée suivant une distinction. Il faut discerner, d'une part, l'action en responsabilité fondée sur la nullité de la société, et d'autre part, celle fondée sur des actes de gestion accomplis par les administrateurs.

(1) *Supra*, p., 212 et suiv.

I.

Avant la loi du 1er août 1893, aucun texte spécial ne réglait le délai de prescription de l'action en responsabilité que les intéressés peuvent intenter contre les administrateurs à raison de la nullité de la société.

On avait soutenu, sans grand succès d'ailleurs, que cette action devait être prescrite par trois ans, par application des dispositions des articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle et de la règle que l'action civile et l'action publique nées d'un délit se prescrivent par le même laps de temps. Cette opinion était difficile à soutenir. Elle méconnaissait, en effet, le véritable fondement de l'action en responsabilité qui est la loi de 1867. N'est-ce pas dans les articles 42 et 43 de cette loi que les actionnaires et les tiers puisent le droit d'obtenir des administrateurs et des fondateurs la réparation du préjudice que leur cause la nullité ? Cette action est donc bien fondée sur une disposition du droit civil et non point sur un crime ou un délit. Et c'est pourtant au seul cas où l'action civile est fondée sur une infraction à la loi pénale que s'applique la règle des articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle.

La jurisprudence n'a pas adopté ce système ; elle n'a pas cessé de considérer qu'en l'absence d'une prescription spéciale édictée par un texte spécial, l'action en responsabilité fondée sur la nullité de la société n'était prescriptible que par trente ans (1).

(1) Paris, 14 novembre 1880. Sirey, 82, 2, 17. — Cass., 4 juin 1883. J. S., 84, 314. — Cass., 8 juillet 1885. J. S., 87, 306. — Lyon-Caen et Renault, *Traité*, n° 806.

Parmi les réformes qui ont été l'œuvre de la loi de 1893, l'abréviation des prescriptions des actions en nullité et en responsabilité fut une de celles qui avaient été le plus justement réclamées. Elle fut réalisée par la rédaction de l'article 3, ainsi conçu :

« A l'article 8 sont ajoutées les dispositions suivantes : L'action en nullité de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution n'est plus recevable lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité a cessé d'exister. L'action en responsabilité, pour les faits dont la nullité résultait, cesse également d'être recevable lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité a cessé d'exister, et, en outre, que trois ans se sont écoulés depuis le jour où la responsabilité était encourue.

« Si, pour couvrir la nullité, une assemblée générale devait être convoquée, l'action en nullité ne sera plus recevable à partir de la date de la convocation régulière de cette assemblée.

« Ces actions en nullité contre les actes constitutifs des sociétés sont prescrites par dix ans.

« Cette prescription ne pourra, toutefois, être opposée avant l'expiration des dix années qui suivront la promulgation de la présente loi. »

On peut résumer en quelques mots l'économie de la nouvelle législation.

Lorsqu'une société a été constituée en violation des règles constitutives, l'irrégularité donne naissance à deux actions distinctes. D'un côté l'action en nullité de la société tendant à obtenir l'annulation d'un pacte social entaché de vice; d'un autre côté, l'action en responsabilité contre les auteurs de ce vice,

tendant à la réparation du préjudice causé par la nullité.

La première ne peut plus être intentée si la cause de nullité a disparu. La seconde cesse d'être recevable si, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité a cessé d'exister et, en outre, si trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue.

Rien de plus logique, en effet, que cette distinction et cette double règle. Admettre la perpétuité de l'action en nullité, c'est laisser entre les mains de personnes parfois peu scrupuleuses une arme dangereuse pour la société : c'est faire peser sur elle le poids d'une menace continuelle et ne lui donner qu'une existence précaire et fragile (1). Il est, au reste, contraire à tout esprit de justice et d'équité que l'action en nullité survive indéfiniment à son fondement juridique, c'est-à-dire au vice qui l'a fait naître.

Mais c'eût été, sans nul doute, tomber dans un excès blâmable, que de décider de même en ce qui concerne l'action en responsabilité et de disposer que l'extinction de l'action en nullité doit entraîner automatiquement l'extinction de l'action en responsabilité. Si les administrateurs ont le devoir étroit de purger la société du vice dont elle est infestée, si en leur accordant la faculté de le faire on entend assurer l'existence de l'être social, en revanche il serait inadmissible que les auteurs de la faute, les administrateurs responsables de la nullité encourue, puissent se dérober par là aux

(1) « Les nullités, a dit M. Quillery, ne sont pas réparatives mais spoliatrices. » Vavasseur, *Amendements au projet de loi sur les sociétés*. Paris, 1885.

conséquences de leur faute. L'action en responsabilité doit survivre à l'action en nullité [1].

Le législateur de 1893 l'a ainsi décidé et, séparant la première de la seconde, il a disposé que l'action en responsabilité pourra être encore exercée dans les trois années qui suivront le jour où la nullité était encourue. Ce qui revient à dire, en d'autres termes, que pour que l'action en responsabilité fondée sur une nullité du pacte social cesse d'être recevable, il ne suffit pas seulement que la cause de nullité ait disparu, il faut encore que trois années se soient écoulées depuis que la nullité a été encourue.

Mais il est fort possible que le vice ne soit pas purgé et que la société en reste entachée, soit qu'on ne puisse, soit qu'on ne veuille le faire disparaître ; cette situation retombera-t-elle sous l'empire du droit commun, ainsi qu'on le décidait généralement sous le régime de la loi de 1867 ? Non : le législateur de 1893 a estimé, dans ce

(1) Cette survivance de la responsabilité présente, il faut le reconnaître quelque chose de choquant. Si la nullité a été réparée, dira-t-on, c'est qu'elle n'a point été prononcée, qu'elle est restée à l'état latent et qu'ainsi elle n'a pu causer de préjudice : que signifie dès lors une action en responsabilité fondée sur cette nullité ?

Il convient, pour justifier cette persistance de la responsabilité, de distinguer deux choses : d'une part le vice, c'est-à-dire l'infraction aux règles constitutives ; d'autre part, la nullité qui en est la sanction. Il ne faut pas confondre, en effet, une société entachée de nullité avec une société annulée. Or, le vice, l'irrégularité peut engendrer un préjudice, sans que ce vice, cette irrégularité soit suivi d'une annulation de la société. Tel serait le cas où se trouveraient les actionnaires auxquels on a fait un apport dont la valeur a été majorée et qui n'aurait pas été soumis à l'appréciation de la première assemblée. Si donc on admet que l'action en responsabilité peut s'exercer à une époque où l'action en nullité est éteinte, c'est à la condition que cette action tende à la réparation du préjudice causé par le vice, par l'infraction à la loi, préjudice distinct de celui qu'aurait entraîné la nullité si elle avait été demandée et déclarée en temps opportun.

cas encore, que l'action en nullité ne pouvait être perpétuelle sans faire courir de graves dangers à l'existence de la société. Il a donc décidé que l'action en nullité serait prescrite par *dix ans*. Le texte, il est vrai, ne parle pas de l'action en responsabilité et il eût pu, sans inconvénient, être plus explicite. Mais comme l'exercice de l'action en responsabilité présuppose (sauf au cas de disparition du vice) l'annulation préalable de la société, la disposition de la loi de 1893 fixant à dix années le délai d'exercice de l'action en nullité doit être, par voie de conséquence, étendue à l'action en responsabilité fondée sur la nullité (1). Laisser s'écouler dix ans, sans attaquer la validité de la société, c'est bien, de la part des intéressés, lui reconnaître une possession d'état équivalente à une constitution régulière; laisser expirer la même période de temps sans réclamer aux administrateurs la réparation d'un préjudice fondé sur la nullité, c'est bien reconnaître également de la part des associés ou des tiers que ce préjudice n'existe pas.

La loi n'indique pas quel est le point de départ de cette prescription décennale ; mais il est aisé de le déterminer. Étant donné que la société ne peut être infestée d'un vice avant que d'être formée ; étant donné, d'autre part, qu'un vice ne peut pas être couvert avant d'exister ; c'est donc bien au moment où la société est constituée que le vice commence à exister, c'est bien à ce moment que court l'action en nullité et, par suite, le délai qui la prescrit. Si donc l'irrégularité n'atteint pas le contrat originaire, s'il s'agit par exemple de la nul-

(1) Houpin, *op. cit.*, I, n° 613. — Lyon-Caen et Renault, *Loi du 1er août 1893*, n° 34. — Genevois, *Le nouveau régime des sociétés*, 2e édition, n° 50.

lité d'actes ou de délibérations postérieurs, le point de départ de la prescription décennale est le jour où cet acte est accompli, où ces délibérations sont prises en violation des règles établies.

Il importe enfin de mentionner les dispositions transitoires établies par l'article 7 de la loi de 1897, aux termes desquelles les règles relatives à l'extinction et à la prescription de l'action en responsabilité s'appliquent aux sociétés constituées antérieurement à la promulgation de cette loi, sous la réserve cependant que la prescription triennale établie au cas où la nullité a cessé d'exister, et la prescription décennale instituée pour le cas contraire, ne commencent à courir, en ce qui concerne ces sociétés, qu'à partir de la promulgation de la loi du 1er août 1893.

II.

Les prescriptions spéciales de la loi de 1893 ne s'appliquent, cela est évident, qu'aux actions en responsabilité fondées sur des causes de nullité.

L'état de la législation n'est donc pas changé pour les actions en responsabilité à raison de faits de gestion.

Ces actions ne peuvent être prescrites que par la prescription trentenaire de droit commun, si aucun texte n'institue de dérogation.

On en a vu une dans l'article 64 du Code de commerce, ainsi conçu : « Toutes actions contre les asso-« ciés non liquidateurs et leurs veuves, héritiers ou « ayants cause, sont prescrites cinq ans après la fin ou « la dissolution de la société, si l'acte de société qui en

« énonce la durée, ou l'acte de dissolution, a été affiché « et enregistré conformément aux articles 42, 43, 44 « et 46, et si, depuis cette formalité remplie, la pres- « cription n'a été interrompue à leur égard par aucune « poursuite judiciaire. »

Est-ce dans ce texte que nous allons trouver la règle de la prescription des actions en responsabilité pour faits de gestion ?

Essayons de déterminer exactement sa portée. Il apparaît tout d'abord, de la simple lecture de l'article, qu'il ne s'applique pas, tant que la société existe. La question à résoudre ne peut donc se poser qu'au cas où l'action en responsabilité est exercée contre les administrateurs d'une société dissoute. Encore faut-il observer que même dans ce cas la prescription quinquennale ne saurait atteindre les actions dirigées contre les liquidateurs.

Comme il ne s'agit ici que des sociétés anonymes, il convient de voir au préalable si elles rentrent dans le domaine de l'article 64 du Code de commerce. Ce point est, en effet, controversé.

Un premier système restreint la disposition de ce texte aux sociétés en nom collectif et décide que dans les sociétés en commandite, les commandités seuls, à l'exclusion des commanditaires, peuvent l'invoquer (1). Rien cependant, ni dans les travaux préparatoires ni dans la rédaction de l'article, ne permet une telle distinction, inconciliable, croyons-nous, avec les termes généraux dont s'est servi le législateur. Aussi est-il pré-

(1) Trib. comm. Seine, 14 mars 1890, sous Cass., 24 janvier 1894. D. P., 94, 1, 519. — Bravard-Veyrières et Demangeat, *Droit comm*, t. I, n° 455. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, II, n°s 429 et 545.

férable de se rallier au système opposé, d'ailleurs plus généralement suivi, et de conclure que l'article 64 du Code de commerce s'applique à toutes les sociétés commerciales [2]. L'esprit de la loi est, avant tout, de favoriser, par une prescription de faveur, le crédit commercial nécessaire au développement des sociétés.

Ce premier point élucidé, reste à savoir si l'action en responsabilité exercée contre les administrateurs après la dissolution de la société peut se briser devant la prescription de l'article 64? Cette action peut être exercée par des associés ou des tiers.

Si elle est exercée par des associés contre des administrateurs qui sont aussi des associés, c'est une action entre associés. Or, il n'est guère contesté que la prescription spéciale dont il s'agit, ayant été introduite dans l'intérêt du commerce et pour que le commerçant, ayant fait partie d'une société, ne fût pas exposé pendant trente ans à des poursuites inattendues de la part des créanciers sociaux, ne protège les anciens associés que contre les tiers. On doit donc décider qu'elle reste étrangère aux actions des associés entre eux [2].

L'action en responsabilité n'est pas écartée par la

(1) Cass., 24 janvier 1894, *ibid.* — Seine, 24 mai 1889. R. S., 89, 464. — Alauzet, *op. cit.*, I, n° 629. — Boistel, *op. cit.*, n° 390. — Houpin, *op. cit.*, I, n° 765, et II, n° 962. — P. Pont, *op. cit.*, II, n° 2007. — Thaller, *op. cit.*, n° 364. — Vavasseur, *op. cit.*, n° 255.

(2) Rouen, 8 mars 1871. D. P., 72, 5, 418. Sirey, 71, 2, 269. — Paris, 26 avril 1877. D. P., 79, 2, 81. Sirey, 80, 2, 331. — Alauzet, *ibid.*, I, n° 604. — Houpin, *ibid*, I, n° 215. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, II, n° 432. — Rousseau, *Des sociétés commerciales françaises et étrangères*, I, n° 754, et les autorités citées à la note précédente. — Dijon, 29 mars 1897. J. S., 1897, 412. D. P., 98, 2, 353. — Nancy, 25 mai 1897. J. S., 1898, 63. — Cass., 27 janvier 1873. D. P., 73, 1, 371. — Rouen, 27 juillet 1892, sous Cass., 13 mai 1896. D. P., 96, 1, 382.

prescription quinquennale lorsqu'elle est exercée par d'anciens associés.

Mais il faut observer que si les litiges entre associés ne sont pas soumis à cette prescription de cinq ans, c'est à raison même de leur qualité d'associés. Or, les administrateurs peuvent être poursuivis en responsabilité, soit en qualité d'associés, soit à un autre titre. Le texte de l'article 64 du Code de commerce parle bien d'actions contre les associés, c'est à-dire d'actions dirigées contre eux en tant qu'associés et ne pouvant les atteindre que du chef de la société et non point d'actions provenant de leurs fautes personnelles. En sorte qu'il faut conclure à une distinction et décider que la prescription de cinq ans de l'article 64 du Code de commerce ne concerne pas les administrateurs poursuivis comme responsables de leur quasi-délit, mais qu'elle protège au contraire les anciens associés contre les actions auxquelles ils seraient exposés à raison d'engagements sociaux dont ils sont tenus contractuellement.

Ici encore, c'est la distinction de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle qui forme le meilleur criterium.

Pour les mêmes raisons, cette prescription ne doit pas être appliquée à l'action exercée par les tiers alléguant un délit ou un quasi-délit commis par les administrateurs (1). Le texte de l'article 64 n'a pas été inséré dans le corps des lois commerciales pour limiter leur responsabilité. Au contraire, lorsqu'en 1863, on élaborait la loi sur les sociétés à responsabilité limitée, la

(1) Cass., 6 mars 1893. D. P., 94, 1, 89. Sirey, 95, 1, 483. — Houpin, *op. cit.*, II, n° 962. — Poitiers, 17 novembre 1879. D P., 80, 2, 110. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, II, n°s 806 et 833.

commission proposa d'appliquer expressément la prescription quinquennale aux actions en responsabilité ; cette proposition échoua, car il fut décidé qu'il n'y avait pas lieu de déroger, sur ce point, aux principes du droit commun [1].

C'est donc la prescription de droit commun, la prescription trentenaire, qui, en règle générale, doit être opposée par les administrateurs poursuivis en responsabilité à raison de fautes commises dans leur gestion, et il n'y a pas lieu de distinger si l'action est sociale où individuelle, ni si la société est *integri status* ou en liquidation puisque, dans le premier comme dans le second cas, l'article 64 du Code de commerce est sans application [2].

Cette règle souffre cependant une restriction.

Supposons que le même fait reproché aux administrateurs donne lieu à une responsabilité pénale et à une responsabilité civile ; on ne peut éluder, en pareil cas, les dispositions impératives des articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle. L'action civile doit être considérée comme éteinte par le même délai que l'action publique. Il est même permis de regretter que l'administrateur coupable d'un délit et recouvrant de ce fait la sécurité au bout de trois années, soit traité plus favorablement que l'administrateur auquel on ne reproche qu'un simple quasi-délit dont il devra répondre pendant trente ans.

Mais si cette prescription est applicable aux actions en responsabilité fondées sur un délit, c'est à cette con-

(1) Duvergier, *Collection des lois*, 1863, p. 293.
(2) Genevois, *Nouveau régime des sociétés*, n° 53.

dition qu'elles n'aient leur source que dans ce délit seul. L'infraction punissable doit être la seule base de l'action. On retombera, en conséquence, sous l'empire de la prescription trentenaire chaque fois que l'action aura un autre fondement ; quand, par exemple, les administrateurs seront accusés d'avoir commis un groupe de fautes dont quelques-unes seulement ont un caractère délictueux (1).

(1) Paris, 14 novembre 1880 et la note. Sirey, 82, 2, 17. — Paris, 13 janvier 1882. D. P., 83, 2, 73. Sirey, 83, 2, 233. — Cass., 4 juin 1883. Sirey, 84, 1, 113.

CONCLUSION

L'analyse de la responsabilité des administrateurs des sociétés anonymes nous a rendu plus sensible et plus frappant ce que nous appelions, au début de cette étude, l'insuffisance des moyens de contrôle des actionnaires sur la société.

Qu'il s'agisse de la constitution ou de la marche d'une société, le lien qui réunit les associés aux membres du conseil d'administration reste, en dehors des assemblées générales, purement juridique et abstrait. C'est là, à notre sens, le vice le plus grave de l'état actuel de la législation sur les sociétés. C'est également la source la plus féconde des conflits qui peuvent s'élever entre administrateurs et actionnaires. Restreindre leur indépendance en augmentant le contrôle auxquels sont soumis leurs actes, est la base la plus sûre d'un système préventif de la responsabilité des administrateurs. Ils commettront d'autant moins de fautes, ils violeront d'autant moins les statuts et la loi qu'ils seront plus étroitement surveillés et que leur gestion sera, pour les actes importants, soumise au contrôle sévère d'un pouvoir quelconque. Enfin, ce contrôle, s'il n'a pour effet de prévenir les fautes, aura tout au moins celui de les découvrir et de les révéler et d'empêcher ainsi qu'elles

ne produisent et ne causent quelque dommage; rien ne favorise mieux le préjudice que l'ignorance ou la dissimulation.

Le système de la loi de 1867 a limité le contrôle et la surveillance à deux institutions : l'assemblée générale des actionnaires et le rapport des commissaires de surveillance. En y ajoutant la faculté accordée aux actionnaires de prendre connaissance de l'inventaire et d'obtenir au besoin copie du bilan, on a un tableau complet des moyens réservés par la loi de 1867 aux associés pour contrôler la gestion des administrateurs. L'expérience de trente-sept années a surabondamment démontré l'insuffisance de ce régime : il n'a empêché aucun abus, aucun scandale, aucun cataclysme. Les assemblées générales d'actionnaires n'ont donné que des garanties plus nominales qu'effectives. Les actionnaires se dispensent aisément d'y assister, les procurations en blanc permettent la constitution d'une assemblée favorable de tous points aux administrateurs, les rapports lus à la réunion ne produisent aucune justification à l'appui des chiffres qu'ils indiquent. Combien de sociétés ont ignoré pendant des années les vices de leur constitution, la majoration des apports, les falsifications des inventaires, l'inexactitude des bilans, et se sont acheminées vers la ruine, sans la redouter ni la prévoir.

Au reste, l'intelligence de fondateurs peu scrupuleux leur a suggéré un moyen, maintenant fort répandu, d'éluder le contrôle des assemblées générales au moment où ce contrôle est le plus indispensable, c'est-à-dire au cours de la constitution de la société. Les fondateurs ne constituent pas la société en s'adressant au public, ils souscrivent eux-mêmes le capital et se le ré-

partissent, puis ne jettent les titres dans la circulation qu'après avoir accompli entre eux seuls les formalités constitutives. Ils y trouvent deux avantages : celui tout d'abord de régler loin des indiscrets les statuts originaires, d'approuver comme bon leur semble les apports qu'ils ont convenu d'accepter ; celui, d'autre part, de pouvoir, grâce à une habile réclame, livrer au marché des actions qu'ils ont acquises au pair et qui se négocient à un cours supérieur. Quand les acheteurs, les véritables actionnaires, entrent en scène, le premier acte de la vie sociale, celui où se constitue la société, est terminé.

On comprend donc combien, dans la pratique des affaires, on doit peu compter sur le pouvoir de contrôle des assemblées d'actionnaires.

Comment remédier à cet état de choses, quel régime instituer qui garantira les actionnaires contre les administrateurs et mettra ces derniers en garde contre leurs propres fautes ou celles de leurs prédécesseurs ?

L'idée qui semble prévaloir dans les plus récents travaux est qu'il faut chercher « un régulateur de la conduite des fondateurs et des administrateurs dans le concours d'agents étrangers. » « Ceux-ci, dit M. Thaller, exerceraient une fonction sinon d'inspection proprement dite, tout au moins d'expertise et de vérification de comptes. Ils s'interposeraient entre le personnel qui est à la tête de la société et celui des actionnaires [1]. »

Leur mission devrait consister, en principe, à exer-

(1) Thaller, *Réforme de la loi des sociétés par actions. Revue politique et parlementaire*, 10 janvier 1903.

cer un contrôle et à avertir les actionnaires du résultat de cet examen. Ces derniers, une fois avertis, agiront comme ils l'entendront à leurs risques et périls ; ils ne perdront rien des droits que la loi de 1867 et le droit commun leur donnent : ils y gagneront seulement d'être éclairés et ne pourront plus se plaindre d'être restés dans l'ignorance. En somme, l'économie générale de cette théorie consiste dans la création d'un contrôle n'émanant ni de la société ni des administrateurs et se distinguant par là très nettement des commissaires de surveillance.

Qui donc nommera ces contrôleurs? Sera-ce l'État? La suppression de l'autorisation gouvernementale est, en matière de sociétés, une conquête assez récente pour que le souvenir n'en soit pas effacé et que la pensée qui nous préoccupe se reporte un instant sur les pouvoirs publics. Au reste, ce contrôle, l'État l'exerce sur les sociétés d'assurances sur la vie et nul ne songe à s'en plaindre. Mais si le principe de l'autorisation et du contrôle gouvernementaux se justifie aisément en ce qui concerne les assurances sur la vie, si l'État doit sa protection et sa surveillance à une œuvre de prévoyance sociale et à la foule des petits assurés qui confient à ces compagnies d'assurances le soin de pourvoir à leur existence, rien de semblable n'autoriserait pareille mesure quand elle s'appliquerait à des entreprises commerciales, industrielles ou financières. Ce serait un véritable danger économique que de permettre à l'État de se faire le juge des risques de ces entreprises et de fermer aux capitalistes le chemin qui peut les conduire à la fortune ou à la ruine. On ne doit pas, au surplus, songer à imposer à nos mœurs une mesure

difficilement conciliable avec le caractère essentiellement libéral de nos institutions les plus récentes et spécialement de notre législation en matière de sociétés. Nous ne croyons pas, en conséquence, que le contrôle dont nous parlons doive s'exercer sous la forme d'une autorisation gouvernementale, ni émaner directement du pouvoir exécutif.

Cette théorie peut cependant recevoir quelques modifications. Elle s'harmoniserait mieux avec nos idées si le contrôle de l'État se limitait rigoureusement à une vérification de la légalité de la société. L'autorisation ne serait donc pas laissée à l'arbitraire du pouvoir public, les risques de l'entreprise, ses dangers, ses chances de succès échapperaient à l'appréciation officielle. L'État n'examine qu'un point : la société est-elle régulièrement constituée? Si oui, l'autorisation est délivrée; si non, elle est refusée. Ce système transactionnel se place entre la théorie de l'autorisation nécessaire et discrétionnaire d'une part, et celle de la pleine et absolue liberté, d'autre part. Il est celui du droit autrichien, depuis 1899.

Il serait assez séduisant, s'il était possible de circonscrire très clairement le domaine de l'autorisation et de la vérification officielle. Le gouvernement, en reprenant sur les sociétés un pouvoir perdu depuis longtemps, se bornera-t-il exactement au contrôle des formes? Ne sera-t-il pas amené, par le souci même de l'intérêt public, à peser et à juger le mérite commercial ou la valeur industrielle de l'entreprise? Ne deviendra-t-il pas un modérateur dangereux de l'activité économique? Et d'ailleurs comment veut-on que les pouvoirs publics jugent par exemple la valeur des apports en nature,

sans que leurs investigations s'étendent à l'objet de la société aussi bien qu'au contrat originaire? La zone d'influence du contrôle de l'État est forcément vague et mal déterminée; il trouvera toujours une raison pour refuser une autorisation sollicitée par une société et l'on aboutira au système de l'autorisation nécessaire dont on ne veut plus entendre parler.

En 1889, devant le congrès des sociétés, M. Nyssens l'a développé avec une variante intéressante, en proposant de substituer au contrôle de l'État celui du tribunal qui apprécierait « la concordance avec la loi des statuts et des faits de constitution [1]. » L'acte de société recevrait ainsi, comme une simple liquidation, l'homologation judiciaire et, par là, seraient taries les sources toujours redoutables des actions en nullité. Malgré que cette théorie ait été adoptée par le Code italien de 1882, nous ne croyons pas qu'elle doive passer dans notre législation. Les raisons qui militent contre l'autorisation et le contrôle de l'autorité administrative ne disparaissent point par cela seulement qu'à cette dernière est substituée l'autorité judiciaire. Qu'il s'agisse de l'une ou qu'il s'agisse de l'autre, « le pouvoir compétent déviera de la ligne de l'enregistrement impartial pour glisser sur la pente de l'examen discrétionnaire des bonnes et des mauvaises chances de l'entreprise [2]. »

Le contrôle, dont la création paraît indispensable, peut cependant être confié à d'autres mains que celles du pouvoir administratif ou judiciaire. Le code de

(1) Compte rendu du Congrès. Rousseau, éd. 1890, p. 92.
(2) Thaller, *ibid.*

commerce allemand du 10 mai 1897 a institué une expertise des apports par des experts officiels, qui paraît satisfaire aux desiderata signalés tout à l'heure.

Aux termes de l'article 192 de ce Code, la vérification des apports est faite par des « reviseurs » nommés par l'organisme préposé à la représentation du commerce et, si cet organisme n'existe pas, par le tribunal dans le ressort duquel la société a son siège social [1]. Lorsque la société est constituée [2], c'est-à-dire lorsque les statuts sont rédigés et les membres du conseil d'administration nommés, ces derniers doivent dresser un rapport sur : 1° les conditions de formation de la société ; 2° la souscription du capital social ; 3° les versements faits sur les actions ; 4° les apports en nature et l'estimation qu'en ont donnée les fondateurs.

Or, de deux choses l'une : ou les administrateurs originaires sont tous autres que les fondateurs ; ou, au contraire, il y a parmi les administrateurs un ou plusieurs des fondateurs. Dans le premier cas, il y a présomption que les administrateurs ont jugé sainement et impartialement l'œuvre des fondateurs et les apports en nature. Dans le second cas, le rapport des administrateurs ne mérite plus qu'une confiance limitée. C'est alors qu'interviennent les « reviseurs » qui passent ce rapport au crible d'un examen sévère et d'une attention indépendante, car leur mode de nomination garantit à la fois leur compétence et leur impartialité.

(1) Carpentier, *Code de commerce allemand mis en vigueur en 1900*, p. 81 et 82.

(2) D'après le droit de l'empire une société commerciale n'est réputée exister qu'à partir de sa transcription au registre du commerce de son siège. C. comm., art. 200,

Serait-il bien difficile d'introduire dans notre droit une pareille innovation ? Nous ne le croyons pas et nous souhaiterions qu'elle trouve sa place dans la loi qui réunira un jour les documents législatifs, épars dans nos codes, concernant les societés.

Que les reviseurs soient nommés par les chambres de commerce, que leur intervention soit obligatoire chaque fois qu'un fondateur ou un apporteur en nature se trouve parmi les membres du conseil d'administration, et la société se constituera à l'abri de garanties que ne connaît pas l'état actuel de notre droit. Ces experts vérifieront la souscription du capital, le versement légal, l'évaluation des apports en nature et des avantages particuliers, et c'est alors seulement qu'à vue de leur rapport, l'assemblée générale pourra donner une approbation sérieuse et éclairée. Les premiers administrateurs et ceux qui leur succéderont y trouveront encore cet avantage d'écarter d'eux toute responsabilité à raison des faits constitutifs vérifiés par les « reviseurs » et approuvés par l'assemblée.

L'utilité de ces experts ne s'arrête pas à la constitution de la société. Au cours de la vie sociale, on pourrait reconnaître à l'assemblée générale des actionnaires le droit de leur demander une vérification minutieuse des inventaires, des bilans et surtout des comptes des administrateurs. L'expérience a démontré cent fois combien était insuffisant le contrôle des commissaires de surveillance. En un mot, éclairer, par un contrôle rigoureux et indépendant, les votes de l'assemblée générale nous semble écarter par avance le plus grand nombre des conflits qui engagent la responsabilité des administrateurs. Objectera-t-on que l'intrusion dans les

affaires sociales de ces experts qui ne sont pas associés viole le droit commun et la liberté des contractants? Qu'importe, si l'intérêt des actionnaires y gagne une sécurité plus grande et si le crédit public, si l'épargne privée, s'en trouvent d'autant consolidés.

La réforme législative que nous venons d'exposer et à laquelle vont nos préférences se compléterait heureusement de quelques modifications moins importantes dont nous avons déjà, au cours de cet ouvrage, signalé l'opportunité.

1° *Nombre minimum des administrateurs.* La loi de 1867 a permis de ne nommer qu'un seul administrateur, et cela quelle que soit l'importance de la société. Il semble cependant plus rationnel de confier à un conseil de plusieurs membres la gérance des intérêts sociaux mieux défendus par une représentation collective que par un mandataire unique. La responsabilité des administrateurs serait moindre étant divisée. Certaines fautes que commet un homme n'auraient pas été commises s'il avait dû s'assurer l'assentiment de deux ou de plusieurs autres personnes. Il y aurait donc lieu, croyons-nous, de fixer à un minimum de trois le nombre des administrateurs, au moins pour les sociétés dont le capital excède cent mille francs.

2° *Nombre minimum des actions de garantie.* Le silence de la loi permet, si les statuts n'y suppléent pas, que les administrateurs ne déposent qu'une seule action dans la caisse sociale. C'est une garantie illusoire. La loi doit prévoir l'inprudence des fondateurs et des rédacteurs des statuts et fixer un minimum déterminé, proportionnel à l'importance du capital social.

3° *Assemblées d'obligataires et de porteurs de parts*

de fondateurs. Nous avons dit combien il était désirable qu'aboutisse bientôt le projet de loi préparé sur ce double point par la commission extraparlementaire de législation des sociétés par actions et tout ce que les administrateurs gagneraient de sécurité à pouvoir conférer avec les représentants des obligataires et des porteurs de parts, et obtenir des uns et des autres une approbation de leur gestion.

Si la législation entreprenait le plan de réformes que rend plus nécessaire l'incessant développement des sociétés commerciales, les citoyens intelligents et probes accepteraient plus volontiers les fonctions d'administrateurs dont le souci de leur sécurité les écarte trop souvent ; la fortune privée s'engagerait plus vivement et plus sûrement vers les entreprises industrielles et commerciales, et l'on sentirait mieux combien est injuste cette parole d'Ihering : « Quels que soient les avantages sociaux qu'aient introduits les sociétés anonymes, les malédictions qu'elles ont soulevées dépassent leurs bienfaits. Les désastres qu'elles ont causés dans la fortune privée sont plus graves que si le feu et l'eau, la disette, les tremblements de terre, la guerre et l'occupation ennemie s'étaient conjurés pour ruiner la richesse nationale. »

Nous sommes de ceux qui croient, bien au contraire, que la société anonyme est un incomparable instrument d'activité sociale et qu'il n'est pas une nation industrielle ou commerçante qui ne lui doive une partie de sa prospérité.

Vu :

E. BAILLY.

Vu :

Le Doyen de la Faculté de droit
de l'Université de Dijon,

E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer :

Dijon, le 11 avril 1904.

Le Recteur de l'Académie,

E. BOIRAC.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

TITRE PREMIER

De la condition juridique des administrateurs.

I. — Les administrateurs sont des mandataires 11
II. — Pouvoirs des administrateurs 27
III. — Attributions des administrateurs 43

TITRE SECOND

Des cas de responsabilité des administrateurs.

CHAPITRE Ier. — RESPONSABILITÉ RÉSULTANT DE LA NULLITÉ DES SOCIÉTÉS 49
Section Ire. — Des personnes responsables 49
Section II. — Caractères de la responsabilité 80
Section III. — Étendue de la responsabilité 96
§ 1er. — Responsabilité à l'égard des tiers 96
§ 2. — Responsabilité à l'égard des actionnaires . . . 116
§ 3. — Responsabilité à l'égard des porteurs de parts de fondateurs 123

CHAPITRE II. — RESPONSABILITÉ RÉSULTANT DES MODIFICATIONS AUX STATUTS 130
Section Ire. — Modifications aux statuts en général 130
Section II. — Fusion de sociétés. 140
Section III. — Transformation de sociétés 143
Section IV. — Augmentation du capital social 146
Section V. — Réduction du capital social 150

Chapitre III. — Responsabilité résultant des actes de gestion. 151
Section Ire. — Caractères généraux de la responsabilité. . . 151
Section II. — Division des actes de gestion 155
§ 1er. — Infractions à la loi 155
§ 2. — Infractions aux statuts 167
§ 3. — Fautes de droit commun 168
Section III. — Étendue de la responsabilité. 197
§ 1er. — Personnes qui peuvent l'invoquer. 197
§ 2. — Personnes qui doivent la supporter 208
Section IV. — Quitus et ratifications 212

TITRE TROISIÈME

De l'action en responsabilité.

Chapitre Ier. — Ses formes et ses caractères. 221
Section Ire. — De l'action sociale en responsabilité 224
Section II. — De l'action individuelle en responsabilité. . . 253
Chapitre II. — De la compétence 261
Chapitre III — Extinction et prescription de l'action. . . . 265
Conclusion 279

BESANÇON — IMPRIMERIE JACQUIN.